

# **Eingriffsnormen im Gesellschaftsrecht**

Ein Beitrag zur teleologischen Auslegung des Art. 18 IPRG  
unter besonderer Berücksichtigung des Gesellschaftsrechts

Dissertation  
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

**Niklaus Meier**

von Regensdorf ZH

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. iur. Anton K. Schnyder

Zürich 2010

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 10. November 2010

Der Dekan: Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers

Die Dissertation ist auf der Homepage der Zentralbibliothek Zürich unter [www.zb.uzh.ch](http://www.zb.uzh.ch) bzw. [www.dissertationen.uzh.ch](http://www.dissertationen.uzh.ch) abrufbar.

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Frühjahr 2010 abgeschlossen und im November desselben Jahres von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis März 2010 berücksichtigt werden.

Danken möchte ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Anton K. Schnyder für das anregende Thema sowie die Betreuung des Dissertationsprojekts.

Ein ganz herzlicher Dank geht an RA Dr. Simon Zingg, Dr. Matthias Rey und Manuel Meier, deren fachliche, technische und redaktionelle Unterstützung eine grosse Hilfe darstellte.

Aber ohne die Unterstützung meiner Eltern, die mir vieles überhaupt erst ermöglicht haben, wäre diese Arbeit nicht zustande gekommen. Ihnen sei dieses Buch deshalb gewidmet.

Zürich, im November 2010

Niklaus Meier



## **Inhaltsübersicht**

<b>Abkürzungs- und Rechtsquellenverzeichnis</b>	<b>XV</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>XXV</b>
<b>Materialienverzeichnis</b>	<b>XLVII</b>
<b>Einleitung</b>	<b>3</b>
<b>1. Teil: Grundlagen</b>	<b>13</b>
<b>§ 1 Das Internationale Privatrecht der Gesellschaft</b>	<b>15</b>
<b>§ 2 Einschränkung der Inkorporationstheorie</b>	<b>33</b>
<b>§ 3 Vorgaben für die Einschränkung</b>	<b>89</b>
<b>2. Teil: Schutzlücken im Gesellschaftsrecht</b>	<b>105</b>
<b>§ 4 Gläubigerschutz</b>	<b>107</b>
<b>§ 5 Schutz der Arbeitnehmer</b>	<b>153</b>
<b>§ 6 Gesellschafter- und Anlegerschutz</b>	<b>159</b>
<b>Zusammenfassung</b>	<b>193</b>
<b>Sachregister</b>	<b>205</b>



# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungs- und Rechtsquellenverzeichnis</b>	<b>XV</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>XXV</b>
<b>Materialienverzeichnis</b>	<b>XLVII</b>

<b>Einleitung</b>	<b>3</b>
I. Ausgangslage und Ziel der Untersuchung . . . . .	3
1. Inkorporationstheorie im Konflikt mit Drittinteressen	3
2. Eingriffsnormen als Korrekturinstrument . . . . .	4
3. Eingriffsnormen im Gesellschaftsrecht . . . . .	5
4. Funktionale Auffassung des Gesellschaftsrechts . . . .	6
II. Rechtsvergleichendes Interesse der Eingriffsnormentheorie	7
1. Internationalität der Eingriffsnormen . . . . .	7
2. Rechtsvergleichende Bedeutung des deutschen und europäischen Internationalen Gesellschaftsrechts . . .	8
3. Rechtsvergleichung als Inspiration . . . . .	9
III. Aufbau . . . . .	10

<b>1. Teil: Grundlagen</b>	<b>13</b>
----------------------------	-----------

<b>§ 1 Das Internationale Privatrecht der Gesellschaft</b>	<b>15</b>
I. Eingeschränkte Inkorporationstheorie der Schweiz . . . .	15
1. Anerkennung von Gesellschaften im schweizerischen Recht . . . . .	15
2. Bestimmung des anwendbaren Rechts . . . . .	16
3. Inkorporationstheorie und verfolgte Interessen . . . .	17
A) Schweizerische Inkorporationstheorie . . . . .	17
a) Materielle und kollisionsrechtliche Interessen .	17
b) Relevanz der verfolgten Interessen . . . . .	18

B) Europäische Inkorporationstheorie . . . . .	20
4. Inkorporationstheoriebedingte indirekte Rechtswahl . . . . .	20
5. Einschränkung durch Sonderanknüpfungen . . . . .	21
6. Weiter Umfang des Gesellschaftsstatuts . . . . .	22
II. Objektive und gemischte Anknüpfungstheorien . . . . .	22
1. Sitztheorie . . . . .	24
2. Differenzierungslehre . . . . .	25
3. Überlagerungstheorie . . . . .	26
4. Kombinationslehre . . . . .	26
5. Kontrolltheorie . . . . .	27
III. Gegenüberstellung der Anknüpfungstheorien . . . . .	27
1. Sachverhaltsnähe als gemeinsamer Nenner der subjektiven und objektiven Anknüpfungstheorien . . . . .	28
2. Materielle und kollisionsrechtliche Interessen als ausschlaggebende Kriterien für die Wahl eines Anknüpfungsmodells . . . . .	29
 <b>§ 2 Einschränkung der Inkorporationstheorie</b>	<b>33</b>
I. Inkorporationstheorie im Konflikt mit materiellen Interessen . . . . .	33
II. Notwendige Einschränkung der Inkorporationstheorie . . . . .	34
III. Möglichkeiten zur Einschränkung . . . . .	36
1. Öffentliches Recht . . . . .	37
2. Gesellschaftsrechtsfremde Anknüpfung . . . . .	39
A) Abgrenzung gesellschaftsrechtsnaher Rechtsgebiete	41
B) Qualifizierung als Opportunitätsfrage . . . . .	42
3. Ausnahmeklausel . . . . .	43
A) Adäquanz des Sachverhaltsbezugs als Ziel der Ausnahmeklausel . . . . .	43
B) Ausschluss der Ausnahmeklausel . . . . .	43
4. Ersatzweise Anwendung schweizerischen Rechts . . . . .	45
5. Vorbehaltsklausel (negativer Ordre public) . . . . .	45
6. Verbot des Rechtsmissbrauchs und der Gesetzesumgehung . . . . .	46
7. Sonderanknüpfungen . . . . .	47
A) Gesetzliche Sonderanknüpfungen . . . . .	48
B) Richterrechtliche Sonderanknüpfungen . . . . .	50
8. Eingriffsnormen . . . . .	51



A) Terminologie . . . . .	51
B) Identifikation . . . . .	54
a) Expliziter Anwendungsbefehl des Gesetzgebers	54
b) Impliziter Anwendungsbefehl zum Schutz besonders wichtiger Interessen . . . . .	54
c) Impliziter Anwendungsbefehl aus Effizienzgründen . . . . .	59
d) Eingriffsnormen als Instrument einer uniformen Rechtsanwendung . . . . .	59
e) Identifikation durch kollisionsrechtliche Eigenschaften . . . . .	60
f) Eingriffsnormen als Reaktion auf ungenügende Regelverweise . . . . .	61
g) Eingriffsnormen als Instrument der Prozessökonomie . . . . .	61
C) Kritik . . . . .	62
a) «Besonderer Zweck» als Charakteristikum des Eingriffsrechts? . . . . .	62
b) Individualinteressenschutz als Eingriffsrecht .	65
c) Relativität der Eingriffsnormen . . . . .	70
aa) Einfluss des Regelverweises auf die Anwendung von Eingriffsnormen . . . . .	71
bb) Sachverhaltsbezug als Anwendungskriterium . . . . .	76
D) Eigener Ansatz: teleologische Auslegung von Art. 18 IPRG . . . . .	78
a) Grammatikalisch-vergleichende Auslegung des Art. 18 IPRG . . . . .	79
b) Geeignetheit zur Erreichung des Schutzzwecks	81
c) Erforderlichkeit des Eingriffs in den Regelverweis . . . . .	81
d) Verhältnismässigkeit des Eingriffs in den Regelverweis . . . . .	84
e) Einheitskriterien für Eingriffsnormen? . . . .	85
f) Qualifizierung und Anwendung als zweistufiges Verfahren . . . . .	85

g)	Kollisionsrechtliche Beschreibung der Anwendung von Eingriffsnormen als Alternative zu einer Definition . . . . .	87
h)	«Eingriffsrichtlinie» als teleologische Auslegung des Art. 18 IPRG . . . . .	87
IV.	Eingriffsnormen als Korrektiv zur Inkorporationstheorie . . . . .	88
<b>§ 3</b>	<b>Vorgaben für die Einschränkung</b>	<b>89</b>
I.	Nationale Schranken und Vorgaben . . . . .	89
1.	Rechtssicherheit und kollisionsrechtliche Überlegungen . . . . .	89
2.	Binnenbezug des Sachverhalts als Anwendungskriterium . . . . .	93
3.	Wirtschaftsfreiheit . . . . .	93
II.	Europarechtliche Vorgaben (Freizügigkeitsabkommen) . . . . .	95
1.	Autonome Auslegung der Dienstleistungsfreiheit . . . . .	95
2.	Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch Eingriffsnormen . . . . .	97
3.	Mögliche Rechtfertigung . . . . .	98
A)	Rechtsmissbrauch . . . . .	99
B)	Öffentliche Ordnung und Sicherheit . . . . .	99
C)	Zwingende Allgemeininteressen . . . . .	100
4.	Relevanz für «Drittgesellschaften» . . . . .	101
III.	Völkerrechtliche Schranken . . . . .	102
IV.	Ergebnis: Beschränkter Spielraum für Eingriffsnormen . . . . .	102
<b>2. Teil:</b>	<b>Schutzlücken im Gesellschaftsrecht</b>	<b>105</b>
<b>§ 4</b>	<b>Gläubigerschutz</b>	<b>107</b>
I.	Gläubigerschutz durch Kapitalschutzvorschriften . . . . .	107
1.	Kapitalschutz im schweizerischen Recht . . . . .	107
2.	Kollisionsrechtliche Regelungslücken mit potentiellen Schutzlücken . . . . .	109
A)	Kapitalvorschriften als Teil des Gesellschaftsstatuts . . . . .	109
B)	Mangelnde Koordination der Rechtsordnungen . . . . .	109
C)	Mögliche Lücken im Gläubigerschutz . . . . .	110
3.	Mögliche Sonderanknüpfung schweizerischer Kapitalschutznormen . . . . .	111
A)	Teleologische Reduktion der Inkorporationstheorie . . . . .	111

B)	Gläubigerschutz als öffentliches Interesse . . . . .	112
4.	Kapitalschutznormen als Eingriffsrecht? . . . . .	113
A)	Regelungsinteresse des Gesetzgebers . . . . .	113
B)	Untauglichkeit für den Gläubigerschutz . . . . .	113
a)	Mindestkapitalvorschriften . . . . .	113
b)	Kapitalaufbringungsvorschriften . . . . .	114
c)	Kapitalerhaltungsvorschriften . . . . .	115
C)	Keine Erforderlichkeit einer Sonderanknüpfung .	115
D)	Verhältnismässigkeit . . . . .	116
5.	Ergebnis: Kapitalschutznormen haben keinen Ein-	
	griffscharakter . . . . .	116
II.	Gläubigerschutz durch Information und Publizität . . .	117
1.	Handelsregisterrecht . . . . .	117
A)	Funktion des Handelsregisters und der Eintra-	
	gungspflichten . . . . .	117
B)	Sonderanknüpfung für ausländische Zweignieder-	
	lassungen . . . . .	118
C)	Handelsregistereintragungspflicht als Teil des Ge-	
	sellchaftsstatuts . . . . .	119
D)	Gläubigerschutz durch Sonderanknüpfung der	
	Haftung . . . . .	120
2.	Firmenrechtliche Vorschriften . . . . .	121
A)	Schutzzweck der firmenrechtlichen Vorschriften .	121
B)	Direkte Sonderanknüpfung für Zweigniederlas-	
	sungen . . . . .	122
C)	Indirekte Sonderanknüpfung für Gesellschaften .	123
a)	Grundsätzliche Relevanz des Gesellschaftssta-	
	tuts und mögliche Lücken im Gläubigerschutz	123
b)	Anwendung des inländischen Firmenrechts	
	auf ausländische Gesellschaften . . . . .	123
D)	Firmenrecht als Eingriffsrecht? . . . . .	126
3.	Buchführung und Rechnungslegung . . . . .	127
A)	Vielseitiger Schutzzweck . . . . .	127
B)	Schweizerische Buchführungs- und Rechnungsle-	
	gungsvorschriften . . . . .	129
a)	Gesellschaftsrechtliche Vorschriften . . . . .	129
b)	Strafrechtliche Vorschriften . . . . .	130
c)	Kapitalmarktrechtliche Vorschriften . . . . .	130

C)	Rechnungslegungsrecht als Bestandteil des Gesellschaftsstatuts . . . . .	131
D)	Mögliche Schutzlücken . . . . .	132
E)	Gläubigerschutz trotz ausländischer Rechnungslegungsstandards . . . . .	133
4.	Revisionspflicht . . . . .	134
A)	Revision als Mittel des Gläubigerschutzes . . . . .	134
B)	Inhalt der Revisionsvorschriften . . . . .	135
C)	Revisionspflicht als Bestandteil des Gesellschaftsstatuts . . . . .	135
D)	Regelungslücke mit potentieller Schutzlücke . . . . .	136
E)	Keine Lücke im Gläubigerschutz . . . . .	137
a)	Kleinstunternehmen ohne Revision . . . . .	137
b)	Gläubigerschutz durch andere Schutzmittel . . . . .	137
5.	Offenlegungspflicht und Einsichtsrecht . . . . .	139
A)	Gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Vorschriften . . . . .	140
B)	Regelungslücke ohne Schutzlücke . . . . .	140
6.	Sofortmassnahmen bei Überschuldung . . . . .	141
A)	Überschuldungsanzeige als Mittel des Gläubigerschutzes . . . . .	141
B)	Sofortmassnahmen bei Überschuldung im schweizerischen Recht . . . . .	142
a)	Zivilrechtliche Vorschriften . . . . .	142
b)	Misswirtschaft als strafrechtlicher Tatbestand . . . . .	143
C)	Qualifizierung überschuldungsabhängiger Sorgfaltspflichten . . . . .	143
D)	Qualifikationsbedingte Lücke im Gläubigerschutz . . . . .	145
E)	Informationsmodell als ausreichender Schutz . . . . .	145
III.	Gläubigerschutz durch Haftung . . . . .	147
1.	Deliktshaftung von Gesellschaft, Organen und Gesellschaftern . . . . .	147
A)	Haftung zwischen Deliktsrecht und Gesellschaftsrecht . . . . .	147
B)	Deliktsrechtliche Umqualifizierung und Sonderanknüpfung als ausreichende Schutzmittel . . . . .	148
2.	Rechtsscheinhaftung . . . . .	149
3.	Durchgriffshaftung . . . . .	150

IV. Fazit: Keine Eingriffsnormen zum Schutz der Gläubiger	151
<b>§ 5 Schutz der Arbeitnehmer</b>	<b>153</b>
I. Arbeitnehmerschutz bei Fusion und Spaltung	154
II. Arbeitnehmermitwirkung als Eingriffsnorm?	154
III. «Eingriffsnorm» ohne «besonderen Zweck»	155
IV. «Eingriffsnorm» ohne zwingende Anwendung	156
V. «Eingriffsrichtlinie» als <i>tertium datur</i>	156
<b>§ 6 Gesellschafter- und Anlegerschutz</b>	<b>159</b>
I. Abgrenzung zwischen Anlegern und Gesellschaftern	159
1. Finanzielle vs. unternehmerische Interessen	159
2. Bedeutung der Abgrenzung	160
II. Gesellschafterschutz	161
1. Gesellschafterschutz im schweizerischen Recht	162
2. Gesellschafterschutz als Bestandteil des Gesellschaftsstatuts	162
3. Kein eingriffsrechtliches Schutzbedürfnis der Gesellschafter	163
III. Anleger- und Kapitalmarktschutz	165
1. Anlegerschutz durch Information	166
2. Primärmarkt	168
A) Privatplatzierung als Wertpapieraussage ohne Anlegerschutz	168
B) Anlegerschutz bei öffentlicher Ausgabe	169
a) Gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Vorschriften	170
b) Qualifikation und Anknüpfung der Prospektvorschriften	172
C) Regelungslücke im Anlegerschutz	172
D) Prospektvorschriften als Eingriffsrecht?	173
E) Theoretische Schutzlücke ohne praktische Relevanz	175
F) Dispositives Eingriffsrecht?	175
G) Keine Lücke im Anlegerschutz	177
3. Sekundärmarkt	178
A) Anlegerschutzvorschriften des Sekundärmarkts	179
a) Kotierungsprospekt	179
b) Permanente Informationspflichten	181
c) Revisionspflicht	182

d) Angebots- und Meldepflichten . . . . .	182
B) Kapitalmarktrechtliche Irrelevanz des Gesellschafts- statuts . . . . .	183
a) Emissionsort als Anknüpfungskriterium . . . .	183
b) Börsengang als gesellschaftsrechtsfremder Sach- verhalt . . . . .	183
c) Der Kapitalmarkt als nationaler Sachverhalt mit öffentlichrechtlicher Regelung . . . . .	184
C) Direkte Anwendung des Kapitalmarktrechts als öffentliches Recht . . . . .	186
4. Eigener Ansatz . . . . .	187
A) Ergebnisorientierte Anwendung der Kapitalmarkt- vorschriften . . . . .	187
B) Internationale Konzentration auf das Schutzbe- dürfnis . . . . .	188
C) «Realpolitisches» Verständnis des Eingriffsrechts	189
D) Eingriffsrechtliches Paradoxon . . . . .	190
IV. Ergebnis . . . . .	191

<b>Zusammenfassung</b>	<b>193</b>
------------------------	------------

<b>Sachregister</b>	<b>205</b>
---------------------	------------

## Abkürzungs- und Rechtsquellenverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
AB (N)	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (Nationalrat)
AB (S)	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (Ständerat)
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
ABl. Nr. C	Reihe «Mitteilungen und Bekanntmachungen» des Abl.
ABl. Nr. L	Reihe «Rechtsvorschriften» des Abl.
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
ABV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 21. Oktober 1996 über die ausländischen Banken in der Schweiz (Auslandbankenverordnung-FINMA, ABV-FINMA), SR 952.111
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, konsolidierte Fassung, ABl. Nr. C 115/47 vom 9. Mai 2008, 47–200
AFG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz, AFG), SR 951.31, aufgehoben am 1. Januar 2007
AG	Aktiengesellschaft
AGB	allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis, Zürich
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung, Fussnote
aOR (Jahr)	Obligationenrecht, alte Fassung gem. Jahresangabe in Klammern
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bern
AT	allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage

BankG	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG), SR 952.0
BB	Betriebs-Berater, Heidelberg
BB1	Bundesblatt
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeitung
BEHG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG), SR 954.1
BEHV	Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung, BEHV), SR 954.11
BewG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG), SR 211.412.41
BezGer.	Bezirksgericht
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, berichtigt S. 2909, 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Gesetz vom 24. September 2009 (BGBl. I S. 3145) mit Wirkung v. 30. September 2009
BGB1.	Bundesgesetzblatt (Deutschland)
BGBM	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM), SR 943.02
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer.	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof, Deutschland
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BK	Berner Kommentar
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BSK	Basler Kommentar
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101; im Literaturverzeichnis wird «BV» vereinzelt für «besloten vennootschap», eine Gesellschaftsform niederländischen Rechts, verwendet
bzw.	beziehungsweise



CC	Code civil suisse; s. ZGB
Ch. com.	Chambre commerciale, Wirtschaftskammer des franz. Kassationsgerichtshofes
CHF	Schweizer Franken
CO	Code des obligations; s. OR
CR	Commentaire Romand, Basel
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DP	Recueil Dalloz Périodique, Paris
E-OR (Jahr)	Entwurf Obligationenrecht in der Fassung des in Klammern angegebenen Jahres
E.	Erwägung
EBK	Eidgenössische Bankenkommision, heutige FINMA
EG	Europäische Gemeinschaft, mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1. Dezember 2009 abgelöst durch die Europäische Union
EGBGB	Einführungsgesetz (Deutschland) zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 24. September 2009 (BGBl. I S. 3145)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. Nr. C 224 vom 31. August 1992; durch Art. 2 des Vertrags von Lissabon mit Wirkung vom 1. Dezember 2009 in «Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union» (AEUV) umbenannt
Einl.	Einleitung
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101
Entw.	Entwurf
et al.	und andere
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGVVO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. Nr. L 12 vom 16. Januar 2001

EuInsVO	Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ABl. Nr. L 160 vom 30. Juni 2000
EUV	Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Europäische Union, ABl. Nr. C 115 vom 9. Mai 2008
EVÜ	Übereinkommen 80/934/EWG über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, aufgelegt zur Unterzeichnung am 19. Juni 1980 im Rom, ABl. Nr. L 266 vom 9. Oktober 1980
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957, mit Inkrafttreten des Vertrages von Masstricht am 7. Februar 1992 umbenannt in EG
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f./ff.	folgende/fortfolgende
FER	Fachempfehlungen zur Rechnungslegung
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
FINMAG	Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG), SR 956.1
franz.	französisch
FS	Festschrift
FusG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG), SR 221.301
FZA	Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (mit Anhängen, Protokollen und Schlussakte), SR 0.142.112.681
GAAP	Generally Accepted Accounting Principles
GATS	General Agreement on Trade in Services (Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen)
GeBüV	Verordnung vom 24. April 2002 über die Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher (Geschäftsbücherverordnung; GeBüV), SR 221.431
gem.	gemäss
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GmbHG	Gesetz (Deutschland) betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2509)
GmbHRR	GmbHRRundschau (Gesellschafts- und Steuerrecht der GmbH und GmbH&Co.), Köln
GN	Geschäftsnummer
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht, München
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Habil.	Habilitationsschrift
HGer	Handelsgericht
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV), SR 221.411
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i.Br.	im Breisgau (Freiburg)
i.c.	in casu
i.d.R.	in der Regel
i.e.	id est
i.S.	in Sachen
i.S.d./i.S.v.	im Sinne des (bzw. der) / im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.Ü.	im Üechtland (Freiburg)
IAS	International Accounting Standards
ICJ	International Court of Justice
IFRS	International Financial Reporting Standards
insbes.	insbesondere
IntGesR	Internationales Gesellschaftsrecht
IntKapMarktR	Internationales Kapitalmarktrecht
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, Bielefeld
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), SR 291
ital.	italienisch
JACF	Journal of Applied Corporate Finance, Malden
JZ	JuristenZeitung, Tübingen

KAG	Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG), SR 951.31
KAG	Kommanditaktiengesellschaft
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), SR 251
KKV	Verordnung vom 22. November 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagenverordnung, KKV), SR 951.311
KKV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 21. Dezember 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagenverordnung-FINMA, KKV-FINMA), SR 951.312
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KR	Kotierungsreglement vom 29. Oktober 2008, SIX Swiss Exchange
lit.	litera
Ltd.	private limited company by shares
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MoMiG	Gesetz (Deutschland) zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008, BGBl. I 2008, 2026
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
N	Nummer bzw. Randziffer
Nachdr.	Nachdruck
Neuauf.	Neuaufgabe
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, München
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung, München
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OLG	Oberlandesgericht (Deutschland)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220
PCIJ	Permanent Court of International Justice

Publ.	Publication
publ.	publiziert
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für Internationales und ausländisches Privatrecht, Tübingen
RAG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG), SR 221.302
RdA	Recht der Arbeit, München
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft, Frankfurt am Main (früher: Heidelberg)
RL	Richtlinie
RLAG	Richtlinie betr. Kotierung von ausländischen Gesellschaften (Richtlinie Ausländische Gesellschaften, RLAG) vom 29. Oktober 2008, SIX Swiss Exchange
RLCG	Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance (Richtlinie Corporate Governance, RLCG) vom 29. Oktober 2008, SIX Swiss Exchange
Rom-I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“), ABl. Nr. L 177 vom 4. Juli 2008
Rom-II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. Nr. L 199/40 vom 31. Juli 2007
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
s.	siehe
s.a.	siehe auch
SBV	Schweizerische Bankiervereinigung
SBV-RL	Richtlinie der Schweizerischen Bankiervereinigung zu Notes ausländischer Schuldner vom 1. September 2001, abrufbar unter <a href="http://www.swissbanking.org/1612_d.pdf">www.swissbanking.org/1612_d.pdf</a>
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), SR 281.1
Schlussbest.	Schlussbestimmungen
Ser.	Serie

SIWR	Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Basel
SIX	Schweizer Börse
SJ	La Semaine Judiciaire, Genf
Slg.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des EuGH
SNB	Schweizerische Nationalbank
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Der Schweizer Treuhänder, Zürich
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
STR	Steuer-Revue, Bern
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht, Zürich
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Zürich
Teilbd.	Teilband
TrustÜ	Übereinkommen vom 1. Juli 1985 über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung, SR 0.221.371
u.	und
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
UEV	Verordnung der Übernahmekommission vom 21. August 2008 über öffentliche Kaufangebote (Übernahmeverordnung, UEV), SR 954.195.1
UNO	Vereinte Nationen
Urt.	Urteil
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), SR 241
v.	von/vom
VAG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG), SR. 961.01
Verf.	Verfügung
VertragsR-Übk	s. EVÜ; vereinzelt von deutschen Autoren im Literaturverzeichnis verwendet

vgl.	vergleiche
VO	Verordnung (Europarecht)
vs.	versus
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Teil 4: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Frankfurt am Main
WPg	Die Wirtschaftsprüfung, Düsseldorf
WTO	World Trade Organisation, Welthandelsorganisation
z.B.	zum Beispiel
z.Zt.	zur Zeit
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, München
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Wien
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Berlin
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer(n)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Köln
zit.	zitiert als
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	Blätter für Zürcher Rechtsprechung, Zürich
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Frank- furt am Main





## Literaturverzeichnis

- ADENSAMER NIKOLAUS J., Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften: Überlegungen zum IPR im Lichte der Judikatur des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften, Schriftenreihe zum Gesellschaftsrecht, Bd. 7, Diss. Wien 2006
- ALTMEPPEN HOLGER, Schutz vor „europäischen“ Kapitalgesellschaften, NJW 2004, 97–104
- AMSTUTZ MARC et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. CHK–BEARBEITER)
- BÄR ROLF, Kartellrecht und internationales Privatrecht: Die kollisionsrechtliche Behandlung wirtschaftsrechtlicher Eingriffe, dargestellt am Beispiel der Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen, ASR, Bd. 369, Habil. Bern 1965
- BALTHASAR STEPHAN, Gesellschaftsstatut und Gläubigerschutz: ein Plädoyer für die Gründungstheorie, RIW 2009, 221–227
- BAMBERGER GEORG/ROTH HERBERT (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, BGB, 16. Aufl., München 2008 (zit. BAMBERGER/ROTH–BEARBEITER)
- BAUEN MARC/BERNET ROBERT, Schweizer Aktiengesellschaft, Zürich 2007
- BÖCKLI PETER, Harte Stellen im Soft Law – Zum Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, ST 2002, 981–996 (zit. BÖCKLI, Corporate Governance)
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Internationalen Rechnungslegungsgrundsätzen IFRS, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht und Corporate Governance, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. BÖCKLI, Aktienrecht)
- BEHME CASPAR, Der Director der britischen Private Limited Company mit Verwaltungssitz in Deutschland, ZVglRWiss 2009, 178–189
- BEHRENS PETER, Konzernsachverhalte im internationalen Recht, SZIER 2002, 79–101 (zit. BEHRENS, Konzernsachverhalte)
- BEHRENS PETER, Einleitungskapitel, in: PETER ULMER/MATHIAS HABERSACK/MARTIN WINTER (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesell-

- schaften mit beschränkter Haftung (GmbHG): Grosskommentar, Tübingen 2005 (zit. GmbHG-Kommentar-BEHRENS)
- BEHRENS PETER, Sonderanknüpfungen im Internationalen Gesellschaftsrecht, in: HANS JÜRGEN SONNENBERGER (Hrsg.), Reform des Gesellschaftsrechts, Tübingen 2007, 401–468 (zit. BEHRENS, Sonderanknüpfung)
- BENESCH SEBASTIAN, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Jus internationale et Europaeum, Bd. 13, Diss. Gießen, Tübingen 2007
- BITTMANN FOLKER, Strafrecht und Gesellschaftsrecht, ZGR 2009, 931–980
- BOLLACHER PHILIPP, Referentenentwurf zur Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts, RIW 2008, 200–205
- BOOG MARKUS, Kommentierung des Artikels 251 StGB, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 2. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK StGB II-BOOG)
- BORK REINHARD, Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zugunsten des Insolvenzrechts?, ZGR 2007, 250–270
- BOSSARD ERNST, Kommentierung des Art. 957 OR, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Bd. V/6/3b, Die kaufmännische Buchführung, Art. 957–964 OR, Zürich 1984 (zit. ZK-BOSSARD)
- BOTOSAN CHRISTINE, Disclosure level and the Cost of Equity Capital, The Accounting Review 1997, 323–349 (zit. BOTOSAN, Equity Capital)
- BOTOSAN CHRISTINE, Evidence that greater disclosure lowers the cost of equity capital, JACF 2000, 60–69 (zit. BOTOSAN, Disclosure)
- BRUNNER ALEXANDER, Kommentierung der Art. 165–166 StGB, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 2. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK StGB II-BRUNNER)
- BUCHER ANDREAS/BONOMI ANDREA, Droit international privé, 2. Aufl., Basel 2004
- CONTRATTO FRANCA, Konzeptionelle Ansätze zur Regulierung von Derivaten im schweizerischen Recht: Analyse de lege lata und Vorschläge de lege ferenda, unter besonderer Berücksichtigung der Anlegerinformation bei Warrants und strukturierten Produkten,

- Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Bd. 251, Diss. Freiburg i.Üe., Zürich 2006
- DASSER FELIX, Haftungsdurchgriff im IPR, Ausweichklausel und die Ermittlung ausländischen Rechts, Jusletter v. 14. Oktober 2002 (zit. DASSER, Haftungsdurchgriff)
- DASSER FELIX, Der Durchgriff im Internationalen Privatrecht: Ein Beitrag zur Diskussion über den positiven und den negativen Ordre public, in: PETER BREITSCHMID et al. (Hrsg.), Grundfragen der juristischen Person, Bern 2007, 35–49 (zit. DASSER, Ordre public)
- DE LIMA PINHEIRO LUÍS, Competition between Legal Systems in the European Union and Private International Law, IPRax 2008, 206–213
- EBENROTH CARSTEN THOMAS et al. (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, Bd. 1, §§ 1–342e, 1. Aufl., München 2008 (zit. EBENROTH et al.–BEARBEITER)
- EGO ALEXANDER, Europäische Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaft und deutsches Gläubigerschutzrecht, Diss. Passau, Baden-Baden 2007
- EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. BV-Kommentar–BEARBEITER)
- EIDENMÜLLER HORST (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, München 2004 (zit. EIDENMÜLLER–BEARBEITER)
- EIDENMÜLLER HORST, Die Reichweite des Gesellschaftsstatuts, in: HANS JÜRGEN SONNENBERGER (Hrsg.), Reform des Gesellschaftsrechts, Tübingen 2007, 469–496
- EIDENMÜLLER HORST/REHBERG MARKUS, Rechnungslegung von Auslandsgesellschaften, ZVglRWiss 2006, 427–454
- FETSCH JOHANNES, Eingriffsnormen und EG-Vertrag: die Pflicht zur Anwendung der Eingriffsnormen anderer EG-Staaten, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 91, Diss. Bonn, Tübingen 2002
- FINGERHUTH JÖRN/RUMPF JOACHIM, MoMiG und die grenzüberschreitende Sitzverlegung – Die Sitztheorie ein (lebendes) Fossil?, IPRax 2008, 90–96

- FLEISCHER HOLGER/SCHMOLKE KLAUS ULRICH, Die Rechtsprechung zum deutschen internationalen Gesellschaftsrecht seit 1991, JZ 2008, 233–242
- FLESSNER AXEL, Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 53, Tübingen 1990
- FORSTMOSER PETER, Kapitalbasis und Stellung der Gesellschafter, in: PETER BÖCKLI/PETER FORSTMOSER (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, 45–74
- FRANDESCAKIS PHOCION, La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, Diss. Paris 1958 (zit. FRANDESCAKIS, Renvoi)
- FRANDESCAKIS PHOCION, Conflits de lois, in: PHOCION FRANDESCAKIS (Hrsg.), Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international, Bd. 1, Paris 1968 (zit. FRANDESCAKIS, Encyclopédie)
- FRANZ ALEXANDER/LAEGER LARS, Die Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften nach Umsetzung des MoMiG unter Einbeziehung des Referentenentwurfs zum internationalen Gesellschaftsrecht, BB 2008, 678–685
- FRANZEN MARTIN, Niederlassungsfreiheit, internationales Gesellschaftsrecht und Unternehmensmitbestimmung, RdA 2004, 257–263
- FUCHS DOMINIK, Das Internationale Firmenrecht – Privatrecht oder öffentliches Recht?, ZfRV 2009, 261–264
- GAUCH PETER, Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht, Habil. Zürich 1974
- GAUCH PETER et al., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. 1, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008
- GHANDCHI JASMIN, Der Geltungsbereich des Art. 159 IPRG: Haftung für ausländische Gesellschaften, Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 83, Diss. Zürich 1991
- GIRSBERGER DANIEL et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPR, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 2. Aufl., Zürich 2004 (zit. ZK-BEARBEITER)

- GIRSBERGER DANIEL/RODRIGUEZ RODRIGO, Die Sitzverlegung im europäischen Gesellschaftsrecht – Auswirkungen auf die Schweiz?, SZIER 2004, 559–583
- GIULIANO MAURIO/LAGARDE PAUL, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. Nr. C 282 vom 31. Oktober 1980
- GROLIMUND PASCAL, Vertrauensanknüpfung im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen und Baden-Baden 2008
- GROSSFELD BERNHARD, Kommentierung des Abschnitts «Internationales Gesellschaftsrecht», in: JULIUS VON STAUDINGER (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Bearb. München 1998 (zit. STAUDINGER–GROSSFELD, IntGesR)
- GUILLAUME FLORENCE, Lex societatis – Principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse, Etudes suisses de droit international, Bd. 116, Diss. Lausanne, Zürich 2001
- HABERMEIER STEFAN, Neue Wege zum Wirtschaftskollisionsrecht: eine Bestandsaufnahme prävalenter wirtschaftskollisionsrechtlicher Methodologie unter dem Blickwinkel des kritischen Rationalismus, Saarbrücker Studien zum internationalen Recht, Bd. 6, Habil. Saarbrücken, Baden-Baden 1996
- HABERSACK MATHIAS, Europäisches Gesellschaftsrecht: Einführung für Studium und Praxis, München 2006
- HEINI ANTON, Kommentierung des Art. 133 IPRG, in: DANIEL GIRSBERGER et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPR, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 2. Aufl., Zürich 2004 (zit. ZK–HEINI)
- HERREN PETER, Die Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB – mit rechtsvergleichender Darstellung des deutschen und österreichischen Rechts, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Bd. 248, Diss. Freiburg i.Üe., Zürich 2006
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006
- HILTI CHRISTIAN, Firmenrecht, in: ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Bd. III/2, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2005 (zit. VON BÜREN–HILTI)

- HIRSIGER CAROLINE, Der Schutz der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer bei der Fusion von Kapitalgesellschaften nach schweizerischem und europäischem Fusionsrecht, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 246, Diss. Basel, Zürich 2006
- HOMBURGER ERIC (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz vom 20. Dezember 1985 mit vergleichenden Hinweisen auf die Wettbewerbsrechte der BRD, EG und USA, Zürich 1990
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2006 (zit. BSK ZGB I–BEARBEITER)
- HONSELL HEINRICH et al., Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK IPRG–BEARBEITER)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008 (zit. BSK OR II–BEARBEITER)
- HOPT KLAUS J./VOIGT HANS-CHRISTOPH, Grundsatz- und Reformprobleme der Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung, in: KLAUS J. HOPT/HANS-CHRISTOPH VOIGT (Hrsg.), Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung, Tübingen 2005, 3–160
- HORN NORBERT, Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit – Inspire Art, NJW 2004, 893–902
- HUBER FELIX M./HODEL PETER/STAUB GIEROW CHRISTOPHER (Hrsg.), Praxiskommentar zum Kotierungsreglement, Zürich 2004 (zit. KR-Kommentar–BEARBEITER)
- HUNKELER DANIEL, Projekt «Wegwerfgesellschaften» der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich – strafrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs von Gesellschaften, Jusletter v. 14. September 2009
- JACQUET JEAN-MICHEL/DELEBECQUE PHILIPPE/CORNELOUP SABINE, Droit du commerce international, Paris 2007
- JUNKER ABBO, Empfiehlt es sich, Art. 7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrungen zu präzisieren?, IPRax 2000, 65–73
- KAHN FRANZ, Abhandlungen zum internationalen Privatrecht, München 1928
- KEGEL GERHARD, Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, in: MAX GERWIG/AUGUST SIMONIUS (Hrsg.), Festschrift Hans Lewald, Basel 1953, 259–288

- KÄFER KARL, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VIII, 2. Abt., 1. und 2. Teilbd., Die kaufmännische Buchführung, Art. 957–964 OR, Bern 1976–1981 (zit. BK–KÄFER)
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, Bern 2007
- KIENZL FRANZISKA, Gläubigerschutz bei zuziehenden EU-Auslandsgesellschaften – erörtert am Beispiel der englischen private company Limited by shares, Diss. Augsburg 2008
- KIERSTEIN HOLGER, Niederlassungsfreiheit contra Unternehmensmitbestimmung – Zur Möglichkeit der Anwendung nationaler Regeln der Unternehmensmitbestimmung auf Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland, Diss. Tübingen, München 2006
- KINDLER PETER, Die „Aschenputtel“-Limited und andere Fälle der Mehrfachqualifikation im Schnittfeld des internationalen Gesellschafts-, Delikts- und Insolvenzrechts, in: HEINZ-PETER MANSEL et al. (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme zum 70. Geburtstag, München 2004, 601–610 (zit. KINDLER, FS Jayme)
- KINDLER PETER, Internationales Gesellschaftsrecht, in: REBMANN KURT/RIXECKER ROLAND/SÄCKER FRANZ JÜRGEN (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 11, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50–245), 4. Aufl., München 2006 (zit. MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR)
- KINDLER PETER, Die Abgrenzung von Gesellschafts- und Insolvenzstatut, in: HANS JÜRGEN SONNENBERGER (Hrsg.), Reform des Gesellschaftsrechts, Tübingen 2007, 497–534 (zit. KINDLER, Abgrenzung)
- KINDLER PETER, Die Begrenzung der Niederlassungsfreiheit durch das Gesellschaftsstatut, NJW 2007, 1785–1788 (zit. KINDLER, Niederlassungsfreiheit)
- KINDLER PETER, Keine Geltung des Ortsstatuts für Geschäftsanteilsabtretungen im Ausland, BB 2010, 74–77 (zit. KINDLER, Ortsstatut)
- KLEINHEISTERKAMP JAN, Eingriffsnormen und Schiedsgerichtsbarkeit – Ein praktischer Versuch, RabelsZ 2009, 818–841
- KLEINSCHMIDT PETER M., Zur Anwendbarkeit zwingenden Rechts im internationalen Vertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Absatzmittlungsverträgen. Eine Untersuchung zu § 187 Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971) u. Art. 7 EG-VertragsR-

- Übk von 1980, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, Bd. 55, Diss. München 1985
- KONDOROSY KINGA MARIA, Die Prospekthaftung im internationalen Privatrecht unter Berücksichtigung des US-amerikanischen, englischen und deutschen Rechts, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 190, Diss. Zürich, Bamberg 1999
- KOWALEWSKI JÖRN, Prospekt- und Kapitalinformationshaftung in der Schweiz, in: KLAUS J. HOPT/HANS-CHRISTOPH VOIGT (Hrsg.), Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung, Tübingen 2005, 999–1099
- KRAMER ERNST AUGUST, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Bern 2005
- KREUZER KARL, Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten: zum Einfluss fremdstaatlicher Eingriffsnormen auf private Rechtsgeschäfte, Schriftenreihe Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Bd. 172, Heidelberg 1986
- KROPHOLLER JAN, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., Tübingen 2006
- KÖSTER ANNA-ELISABETH, Unternehmensmitbestimmung in EG-Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland, Lausanner Studien zur Rechtswissenschaft, Bd. 6, Diss. Düsseldorf, Baden-Baden 2007
- KUNDA IVANA, Defining Internationally Mandatory Rules in European Private International Law of Contracts, GPR 2007, 210–221
- LAMSA MICHAEL, Allgemeinbegriffe in der Firma einer inländischen Zweigniederlassung einer EU-Auslandsgesellschaft, IPRax 2008, 239–246
- LANDO OLE/VON HOFFMANN BERND/SIEHR KURT, European private international law of obligations: acts and documents of an International Colloquium on the European Preliminary Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations held in Copenhagen on April 29 and 30, 1974, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 23, Tübingen 1975
- LANZIUS TIM, Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen unter der Gründungstheorie: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Gläubigerschutzes und der unternehmerischen Mitbestimmung bei Scheinauslandsgesellschaften, Europäische Hochschul-



- schriften (Reihe 2, Rechtswissenschaft), Bd. 4155, Diss. Frankfurt am Main, Hamburg 2005
- LEVEDAG CHRISTIAN/EBERT SABINE, Die zugezogene „private company limited by shares (Ltd.)“ nach dem Recht von England und Wales als Rechtsformalternative für in- und ausländische Investoren in Deutschland, GmbHR 2003, 1337–1346
- LOUSSOUARN YVON/BOUREL PIERRE/DE VAREILLES-SOMMIÈRES PASCAL, Droit international privé, 8. Aufl., Paris 2004
- MAGNUS ULRICH, Kommentierung des Art. 34 EGBGB, in: JULIUS VON STAUDINGER (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch/ IPR, 13. Aufl., München 2002 (zit. STAUDINGER–MAGNUS, EGBGB)
- MANKOWSKI PETER, Verbraucherkreditverträge und europäisches IPR: Internationale Zuständigkeit und Eingriffsrecht – Entscheid der französischen Cour de Cassation vom 23. Mai 2006, ZEuP 2008, 845–863
- MARANTELLI-SONANINI VERA, Einführung in das öffentliche Recht – Staatsrechtliche Grundlagen, Grundrechte, Staatsrechtliche Beschwerde, Bd. 1, Bern 2004
- MARTINEZ LARISSA MAROLDA, Information der Aktionäre nach Schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 248, Diss. Zürich 2006
- MARTINY DIETER, Inländische gewerbe-, berufs- und preisrechtliche Vorschriften als international zwingende Normen, in: STEPHAN LORENZ/ALEXANDER TRUNK/HORST EIDENMÜLLER (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005, 907–924 (zit. MARTINY, FS Heldrich)
- MARTINY DIETER, Kommentierung des Art. 34 EGBGB, in: KURT REBMANN/ROLAND RIXECKER/FRANZ JÜRGEN SÄCKER (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 1–46), Internationales Privatrecht, 4. Aufl., München 2006 (zit. MüKo Bd. 10 (4. Aufl.)–MARTINY)
- MARTZ JEAN-DANIEL, Die inländische Zweigniederlassung einer ausländischen Unternehmung nach schweizerischem IPRG, Diss. Bern, GümliGen 1995

- MÄCHLER-ERNE MONICA/WOLF-METTIER SUSANNE, Kommentierung der Art. 18 f. IPRG, in: HEINRICH HONSELL et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK IPRG–MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER)
- MEIER GUIDO, Grundstatut und Sonderanknüpfung im IPR des liechtensteinischen Gesellschaftsrechts, Schriftenreihe des Instituts für Internationales Recht und Internationale Beziehungen, Bd. 27, Diss. Basel 1979
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Kommentierung des Art. 1 ZGB, in: HERMANN BECKER (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. I, 1. Abt., Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1962 (zit. BK–MEIER-HAYOZ)
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., Wirtschaftsrecht und Unternehmenspublizität, Habil. Zürich 1989
- MEILI FRIEDRICH, Das internationale Civil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis: ein Handbuch, Zürich 1902
- MELCHIOR GEORGE, Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, Berlin 1932
- MERKT HANNO, Der Kapitalschutz in Europa — ein rocher de bronze?, ZGR 2004, 305–323
- MONÉGER FRANÇOISE, Rapport du Conseiller rapporteur relatif à l'arrêt n° 260 de la Cour de Cassation du 30 novembre 2007, abrufbar unter [www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/chambres\\_mixtes\\_2740/moneger\\_conseiller\\_11031.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/moneger_conseiller_11031.html)
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der Uno-Pakte, Bern 2008
- MÜLLER PETER, Kommentierung des Art. 28 FusG, in: FRANK VISCHER (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG), Zürich 2004 (zit. ZK–MÜLLER)
- MÜLLER-CHEN MARKUS, Übertragung und Verpfändung deutscher GmbH-Geschäftsanteile in der Schweiz nach Inkrafttreten der schweizerischen GmbH-Revision, IPRax 2008, 45–49

- MÜLLER HANS-FRIEDRICH, Haftung der Gesellschaft ausländischen Rechts – Zur Anwendbarkeit von § 64 II GmbHG in der bis zum 31. 10. 2008 geltenden Fassung auf Gesellschaften, die nach dem Recht anderer EU-Mitgliedstaaten gegründet worden sind, NZG 2010, 71–72
- NEUHAUS MARKUS R./STEIGER ERIK, Kommentierung des Art. 957 OR, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008 (zit. BSK OR II–NEUHAUS/STEIGER)
- NEUHAUS PAUL HEINRICH, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 2, Tübingen 1976
- NEUMANN RUDOLF R., Devisennotrecht und internationales Privatrecht, Berlin 1938
- NEUMEYER KARL, Internationales Verwaltungsrecht, Bd. IV, München/Berlin 1936
- NIGGEMANN FRIEDRICH, Eingriffsnormen auf dem Vormarsch, IPRax 2009, 444–451
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 2. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK StGB II–BEARBEITER)
- NOBEL PETER, Was heisst «Internationales Gesellschaftsrecht» heute (mit Einschluss der regulierten Bereiche)?, in: PETER NOBEL (Hrsg.), Schriften zum Internationalen Gesellschaftsrecht, Bd. 1, Bern 1999, 9–26 (zit. NOBEL, Gesellschaftsrecht)
- NOBEL PETER, Überblick über die Entwicklungen im internationalen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, in: PETER NOBEL (Hrsg.), Schriften zum internationalen Gesellschaftsrecht, Bd. 5, Bern 2002, 9–18 (zit. NOBEL, Entwicklungen)
- NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 2. Aufl., Bern 2004 (zit. NOBEL, Finanzmarktrecht)
- NOJACK JANA, Exklusivnormen im IPR: Interessenanalyse, dogmatische Einordnung und Anwendungsprobleme, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 152, Diss. Halle-Wittenberg, Tübingen 2005

- NUSSBAUM ARTHUR, Deutsches Internationales Privatrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechts, Tübingen 1932
- PELLENS BERNHARD/KEMPER THOMAS/SCHMIDT ANDRÉ, Geplante Reformen im Recht der GmbH: Konsequenzen für den Gläubigerschutz, ZGR 2008, 381–430
- PETER ANNA, Corporate Governance durch Transparenz — Geregelte Information oder inhaltliche Regulierung, Hanse Law Review 2006, 37–52
- PETER CARL, Corporate Governance, in: ANDREAS SPAHLINGER/GERHARD WEGEN (Hrsg.), Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, München 2005 (zit. SPAHLINGER/WEGEN-CARL)
- PORTMANN WOLFGANG, Die flankierenden Massnahmen I und II zum Abkommen über die Freizügigkeit, in: DANIEL THÜRER et al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I und II Schweiz-EU, 2. Aufl., Zürich 2007, 327–403
- REBMANN KURT/RIXECKER ROLAND/SÄCKER FRANZ JÜRGEN (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–46), Internationales Privatrecht, 4. Aufl., München 2006 (zit. MüKo Bd. 10 (4. Aufl.)–BEARBEITER)
- REBMANN KURT/RIXECKER ROLAND/SÄCKER FRANZ JÜRGEN (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 11, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50–245), 4. Aufl., München 2006 (zit. MüKo Bd. 11–BEARBEITER)
- REBMANN KURT/RIXECKER ROLAND/SÄCKER FRANZ JÜRGEN (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, Internationales Privatrecht, Rom I-Verordnung, Rom II-Verordnung, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–24), 5. Aufl., München 2010 (zit. MüKo Bd. 10–BEARBEITER)
- REBMANN KURT/SÄCKER FRANZ-JÜRGEN (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Internationales Privatrecht, 1. Aufl., München 1983 (zit. MüKo (1. Aufl.) Bd. 7–BEARBEITER)
- REBMANN KURT/SÄCKER FRANZ-JÜRGEN (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7, Einführungsgesetz

- zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., München 1990 (zit. MüKo (2. Aufl.) Bd. 7–BEARBEITER)
- REHBERG MARKUS, Zivil-, Handels- und Verfahrensrecht, in: HORST EIDENMÜLLER (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, München 2004 (zit. EIDENMÜLLER–REHBERG)
- REHM GEBHARD, Völker- und europarechtliche Vorgaben für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts, in: HORST EIDENMÜLLER (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, München 2004 (zit. EIDENMÜLLER–REHM)
- RIEGGER BODO, Centros — Überseering — Inspire Art: Folgen für die Praxis, ZGR 2004, 510–530
- RIMLE ALOIS, Recht des schweizerischen Finanzmarktes: ein Grundriss für die Praxis, Zürich 2004
- RINGE WOLF-GEORG/WILLEMER CHARLOTTE, Zur Anwendung von § 64 GmbHG auf eine englische Limited, NZG 2010, 56–58
- ROBERTO VITO/WEGMANN THOMAS, Prospekthaftung in der Schweiz, SZW 2001, 161–178
- ROTH WULF-HENNING, Internationales Gesellschaftsrecht nach *Überseering* (zu EuGH, 5.11.2002 – Rs. 208/00 – Überseering BV / Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), IPRax, 2 2003, 65), IPRax 2003, 117–126 (zit. ROTH, Überseering)
- ROTH WULF-HENNING, Internationales Versicherungsvertragsrecht in der Europäischen Union – Ein Vorschlag zu seiner Neuordnung, in: MANFRED WANDT et al. (Hrsg.), Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts: Festschrift für Prof. Dr. Egon Lorenz zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 2004, 631–658 (zit. ROTH, FS Lorenz)
- RÖSLER HANNES, Schutz des Schwächeren im Europäischen Vertragsrecht – Typisierte und individuelle Unterlegenheit im Mehrebenenprivatrecht, RabelsZ 2009, 889–911
- RUSCH ARNOLD F., Interzession im Interesse des Aktionärs: Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 188, Diss. Zürich 2004
- SANDROCK OTTO, Ein amerikanisches Lehrstück für das Kollisionsrecht der Kapitalgesellschaften, RabelsZ 1978, 227–267 (zit. SANDROCK, Kollisionsrecht)

- SANDROCK OTTO, Die Konkretisierung der Überlagerungstheorie in einigen zentralen Einzelfragen. Ein Beitrag zum internationalen Gesellschaftsrecht, in: OTTO SANDROCK (Hrsg.), Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26. April 1979, Berlin 1979, 669–696 (zit. SANDROCK, FS Beitzke)
- SANDROCK OTTO, Die Schrumpfung der Überlagerungstheorie, ZVglR-Wiss 2003, 447–504 (zit. SANDROCK, Überlagerungstheorie)
- SANDROCK OTTO, Anknüpfung von handels- und gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zur Rechnungslegung und Publizität (Thesenpapier), in: HANS JÜRGEN SONNENBERGER (Hrsg.), Reform des Gesellschaftsrechts, Tübingen 2007, 563–574 (zit. SANDROCK, Rechnungslegung)
- SCHENKER FRANZ, Kommentierung des Art. 626 OR, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008 (zit. BSK OR II–SCHENKER)
- SCHNEIDER CARSTEN, Internationales Gesellschaftsrecht vor der Kodifizierung, BB 2008, 566–575
- SCHNITZER ADOLF F., Handbuch des internationalen Privatrechts: einschliesslich Prozessrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung, 4. Aufl., Basel 1957
- SCHNYDER ANTON K., Wirtschaftskollisionsrecht – Sonderanknüpfung und extraterritoriale Anwendung wirtschaftsrechtlicher Normen unter besonderer Berücksichtigung von Marktrecht, Habil. Zürich 1990 (zit. SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht)
- SCHNYDER ANTON K., „Zwingendes“ Recht im internationalen Wirtschaftsrecht nach der neueren Rechtsprechung des EuGH, in: JÜRGEN F. BAUR/HEINZ-PETER MANSEL (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht – Fachtagung der Bayer-Stiftung für deutsches und internationales Arbeits- und Wirtschaftsrecht am 17. und 18. Mai 2001, Schriftenreihe der Bayer-Stiftung für deutsches und internationales Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Bd. 8, München 2002, 89–98 (zit. SCHNYDER, Zwingendes Wirtschaftsrecht)
- SCHNYDER ANTON K., Alternative und kumulative Anknüpfung als Fragestellung des Schutzes von Gläubigern und Anteilseignern im Internationalen Gesellschaftsrecht, in: ROGER ZÄCH et al. (Hrsg.),

- Individuum und Verband – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, 377–393 (zit. SCHNYDER, Anknüpfung)
- SCHNYDER ANTON K., Corporate Governance und Internationales Wirtschaftsrecht, in: ERNST A. KRAMER/PETER NOBEL/ROBERT WALDBURGER (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, 565–583 (zit. SCHNYDER, FS Böckli)
- SCHNYDER ANTON K., Internationales Kapitalmarktrecht, in: KURT REBMANN/ROLAND RIXECKER/FRANZ JÜRGEN SÄCKER (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 11, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50–245), 4. Aufl., München 2006 (zit. MüKo Bd. 11–SCHNYDER, IntKapMarktR)
- SCHNYDER ANTON K., Zum Kreis sonderanknüpfungsfähiger «Eingriffsnormen» im Internationalen Privatrecht, in: SABIH ARKAN/AYNUR YONGALIK (Hrsg.), Festschrift Tugrul Ansay zum 75. Geburtstag, Alphen aan den Rijn (Niederlande) 2006, 389–402 (zit. SCHNYDER, FS Ansay)
- SCHNYDER ANTON K., Keine Erstreckung der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit auf Gesellschaften schweizerischen Rechts: Zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06 – *Trabrennbahn*, GPR 2009, 227–229 (zit. SCHNYDER, Trabrennbahn)
- SCHNYDER ANTON K./BOPP LUKAS, Kollisionsrechtliche Anknüpfung von Prospektpflicht und Prospekthaftung als Fragestellung des Internationalen Kapitalmarktrechts, in: HANS-CASPAR VON DER CRONE et al. (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Zürich 2004, 391–405
- SCHNYDER ANTON K./LIATOWITSCH MANUEL, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich 2006
- SCHRAMM DOROTHEE, Ausländische Eingriffsnormen im Deliktsrecht: ein Beitrag zu Art. 19 IPRG und Art. 12 Abs. 1 des Entwurfes einer Rom II-Verordnung, ASR, Bd. 693, Diss. Luzern, Bern 2005
- SCHURIG KLAUS, Die Urzeugung einer Kollisionsnorm, in: HEINZ-PETER MANSEL et al. (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme zum 70. Geburtstag, München 2004, 837–847
- SCHWANDER IVO, Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht, Schweizer Studien zum

- internationalen Recht, Bd. 1, Diss. Freiburg i.Üe., Zürich 1975 (zit. SCHWANDER, Lois)
- SCHWANDER IVO, Einführung in das Internationale Privatrecht, 1. Bd.: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., St. Gallen 2000 (zit. SCHWANDER, IPR-AT)
- SIEHR KURT, „False Conflicts“, „lois d’application immédiate“ und andere „Neuentdeckungen“ im IPR – Zu gewissen Eigengesetzlichkeiten kollisionsrechtlicher Systeme, in: JÜRGEN BASEDOW et al. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1998, 443–454 (zit. SIEHR, FS Drobnig)
- SIEHR KURT, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002 (zit. SIEHR, IPR)
- SONNENBERGER HANS JÜRGEN/BAUER FRANK, Beschlussfassung: Vorschlag der Spezialkommission für die Neugestaltung des Internationalen Gesellschaftsrechts auf europäischer/deutscher Ebene, in: HANS JÜRGEN SONNENBERGER (Hrsg.), Reform des Gesellschaftsrechts, Tübingen 2007, 3–63
- SONNENBERGER HANS-JÜRGEN, Internationales Privatrecht/ Internationales öffentliches Recht, in: HEINZ EYRICH/WALTER ODERSKY/FRANZ JÜRGEN SÄCKER (Hrsg.), Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag, München 1989, 819–838 (zit. SONNENBERGER, FS Rebmann)
- SONNENBERGER HANS JÜRGEN, Eingriffsrecht – Das trojanische Pferd im IPR oder notwendige Ergänzung?, IPRax 2003, 104–116 (zit. SONNENBERGER, Eingriffsrecht)
- SONNENBERGER HANS JÜRGEN, Einleitung, in: KURT REBMANN/ROLAND RIXECKER/FRANZ JÜRGEN SÄCKER (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46), Internationales Privatrecht, 4. Aufl., München 2006 (zit. MüKo Bd. 10 (4. Aufl.)–SONNENBERGER)
- SONNENBERGER HANS JÜRGEN (Hrsg.), Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts – vorgelegt im Auftrag der zweiten Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, Spezialkommission internationales Gesellschaftsrecht, Tübingen 2007 (zit. SONNENBERGER, Reform des Gesellschaftsrechts)



- SONNENBERGER HANS JÜRGEN, Vorschlag zur Rechnungslegung und Erläuterung, in: HANS JÜRGEN SONNENBERGER (Hrsg.), Reform des Gesellschaftsrechts, Tübingen 2007, 551–561 (zit. SONNENBERGER, Rechnungslegung)
- SONNENBERGER HANS JÜRGEN, Revidierter und geänderter Vorschlag zur Rechnungslegung und Erläuterung, in: HANS JÜRGEN SONNENBERGER (Hrsg.), Reform des Gesellschaftsrechts, Tübingen 2007, 575–580 (zit. SONNENBERGER, Vorschlag)
- SPAHLINGER ANDREAS/WEGEN GERHARD (Hrsg.), Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, München 2005 (zit. SPAHLINGER/WEGEN-BEARBEITER)
- STEINDORFF ERNST, Entwicklungen des deutschen IPR, in: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht (Hrsg.), Deutsche Zivil- und Kollisionsrechtliche Beiträge zum IX. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Teheran 1974, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 21, Tübingen 1974, 155–172
- STRAUBE GUNNAR, Das Bundesarbeitsgericht und Art. 34 EGBGB, IPRax 2007, 395–399
- TEICHMANN CHRISTOPH, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, Habil. Heidelberg, Berlin 2006 (zit. TEICHMANN, Gesellschaftsrecht)
- TEICHMANN CHRISTOPH, Reform des Gläubigerschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht, NJW 2006, 2444–2451 (zit. TEICHMANN, Gläubigerschutz)
- TERSTEEGEN JENS AXEL, Kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Kapitalgesellschaften im Inland, unter besonderer Berücksichtigung von Scheinauslandsgesellschaften, Schriften des Rechtszentrums für Europäische und Internationale Zusammenarbeit, Bd. 18, Diss. Köln, München 2002
- THORN KARSTEN, Eingriffsnormen, in: FRANCO FERRARI/STEFAN LEIBLE (Hrsg.), Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa – Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung, Studien zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Gottmadingen 2007, 129–149
- TIEMANN VOLKER, Eine Anknüpfungsleiter für das Wirtschaftskollisionsrecht – Alternativen zu Sonderanknüpfung und Interessenabwägung, Diss. Bielefeld 1993

- TOUBIANA ANNIE, Le domaine de la loi du contrat en droit international privé: Contrats internationaux et dirigisme étatique, Diss. Paris II, Paris 1972
- TRUNK ALEXANDER, Grenzüberschreitende Insolvenz von Gesellschaften im Verhältnis EG-Schweiz: Folgerungen aus Centros, Überseering und Inspire Art, SZIER 2004, 531–557
- ULMER PETER, Gläubigerschutz bei Scheinauslandsgesellschaften – Zum Verhältnis zwischen gläubigerschützendem nationalem Gesellschafts-, Delikts- und Insolvenzrecht und der EG-Niederlassungsfreiheit, NJW 2004, 1201–1210
- ULMER PETER/HABERSACK MATHIAS/WINTER MARTIN (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG): Grosskommentar, Tübingen 2005 (zit. GmbHG-Kommentar-BEARBEITER)
- UMBRICHT ROBERT/ZELLER NICOLE, Kommentierung des Art. 133 IPRG, in: HEINRICH HONSELL et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK IPRG-UMBRICHT/ZELLER)
- UNGAN PHILIPP, Gläubigerschutz nach dem EuGH-Urteil in „Inspire Art“ – Möglichkeit einer Sonderanknüpfung für die Durchgriffshaftung in der Insolvenz?, ZVglRWiss 2005, 355–375
- VENTURI ZEN-RUFFINEN MARIE-NOËLLE, Kommentierung des Art. 652a OR, in: PIERRE TERCIER/MARC AMSTUTZ (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II, Code des obligations art. 530–1186, Loi sur les bourses art. 22–33, avec une introduction à la Loi sur la fusion, Basel 2008 (zit. CR CO II-VENTURI ZEN-RUFFINEN)
- VERDROSS ALFRED, Völkerrecht, 5. Aufl., Wien 1964
- VISCHER FRANK, Das internationale Gesellschaftsrecht der Schweiz, in: Schriften zum Internationalen Gesellschaftsrecht, Bd. 1 Bern 1999, 27–42 (zit. VISCHER, IntGesR)
- VISCHER FRANK, Kommentierung der Artikel 15 ff. und 154 ff. IPRG, in: DANIEL GIRSBERGER et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPR, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 2. Aufl., Zürich 2004 (zit. ZK-VISCHER)
- VISCHER FRANK (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG), Zürich 2004 (zit. ZK-BEARBEITER)

- VOLKEN PAUL, Kommentierung des Art. 1 IPRG, in: DANIEL GIRSBERGER et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPR, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 2. Aufl., Zürich 2004 (zit. ZK-VOLKEN)
- VON BAR CHRISTIAN/MANKOWSKI PETER, Internationales Privatrecht, Bd. I – Allgemeine Lehren, 2. Aufl., München 2003
- VON DER CRONE HANS CASPAR/BILEK EVA/HIRSCHLE MATTHIAS, Neuerungen im Offenlegungsrecht, SZW 2008, 1–16
- VON PLANTA ANDREAS/EBERHARD STEFAN, Kommentierung der Art. 154 f. IPRG, in: HEINRICH HONSELL et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK IPRG-VON PLANTA/EBERHARD)
- VON SAVIGNY FRIEDRICH CARL, System des heutigen römischen Rechts, Bd. VIII, Berlin 1849
- VON STAUDINGER JULIUS (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationales Gesellschaftsrecht, München 1998 (zit. STAUDINGER-BEARBEITER, IntGesR)
- VOSER NATHALIE, Die Theorie der lois d'application immédiate im Internationalen Privatrecht: Untersuchung zur zwingenden Anwendung von Bestimmungen des schweizerischen Rechts gemäss Art. 18 IPRG, Schriftenreihe des Instituts für Internationales Recht und Internationale Beziehungen, Bd. 59, Diss. Basel, Basel/Frankfurt am Main 1993
- WAGNER ROLF/TIMM BIRTE, Der Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, IPRax 2008, 81–90
- WALKER GUSTAV, Streitfragen aus dem internationalen Civilprocessrechte, Wien 1897
- WATTER ROLF/DUBS DIETER, Organverhaltens- und Organhaftungsregelung im Börsenrecht, AJP 1998, 1308–1326
- WATTER ROLF/NOTH MICHAEL G., Kommentierung des Art. 752 OR, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008 (zit. BSK OR II-WATTER)
- WEBER ROLF H., Kommentierung des Art. 697h OR, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER (Hrsg.), Basler

- Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008 (zit. BSK OR II–WEBER)
- WELLER MARC-PHILIPPE, Die Rechtsquellendogmatik des Gesellschaftskollisionsrechts, IPRax 2009, 202–209
- WIEGAND WOLFGANG, Die Canaris-Rezeption in der Schweiz – Vertrauenshaftung und „einheitliches gesetzliches Schutzverhältnis“ im Schweizer Recht, in: ANDREAS HELDRICH et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 2, München 2007, 881–896
- WINKLER SYLKO, Anwendung der Regeln über die Insolvenzverschleppungshaftung auf Geschäftsführer von Gesellschaften anderer EU-Mitgliedstaaten, BB 2009, 2617–2618
- WÜSTINER HANSPETER, Kommentierung des Art. 725 OR, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008 (zit. BSK OR II–WÜSTINER)
- WYLER RÉMY, Loi sur la fusion et protection des travailleurs, SZW 2004, 249–258
- ZEPPENFELD MEIKO, Die allseitige Anknüpfung von Eingriffsnormen im internationalen Wirtschaftsrecht, Schriften zum Wirtschaftsrecht, Bd. 137, Diss. Jena, Berlin 2001
- ZIMMER DANIEL, Internationales Gesellschaftsrecht: Das Kollisionsrecht der Gesellschaften und sein Verhältnis zum internationalen Kapitalmarktrecht und zum internationalen Unternehmensrecht, Heidelberg 1996 (zit. ZIMMER, IntGesR)
- ZIMMER DANIEL, Nach „Inspire Art“: Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?, NJW 2003, 3585–3592 (zit. ZIMMER, Gestaltungsfreiheit)
- ZIMMER DANIEL, Anknüpfung von Vorschriften zur Rechnungslegung und Publizität, in: HANS JÜRGEN SONNENBERGER (Hrsg.), Reform des Gesellschaftsrechts, Tübingen 2007, 545–549 (zit. ZIMMER, Rechnungslegung)
- ZIMMERMANN PHILIPPE/WALTI-RHINER DAMARIS, Aufbewahren von Geschäftsbüchern – Nach welchem Recht müssen ausländische Zweigniederlassungen schweizerischer Unternehmen ihre Geschäftsbücher aufbewahren?, ST 2004, 867–871

- ZINDEL GAUDENZ G./ISLER PETER R., Kommentierung des Art. 652a  
OR, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER  
(Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–1186  
OR, 3. Aufl., Basel 2008 (zit. BSK OR II–ZINDEL/ISLER)
- ZOBL DIETER/KRAMER STEFAN, Schweizerisches Kapitalmarktrecht,  
Zürich 2004



## Materialienverzeichnis

Die Botschaften werden im Text unter zusätzlicher Angabe der Fundstelle im Bundesblatt zitiert.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung – Ständerat, 1985 S. 168, 1987 S. 191 (parlamentarische Beratungen über das IPRG)

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung – Nationalrat, 1986 S. 1358, 1987 S. 1069 (parlamentarische Beratungen über das IPRG)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 2. Februar 1934, BBl 1934 I 171, GN 3039 (zit. Botschaft BankG)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen vom 3. März 1905, BBl 1905 II 1 (zit. Botschaft Obligationenrecht)

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen das Vermögen und Urkundenfälschung) vom 24. April 1991, BBl 1991 II 969, GN 91.032 (zit. Botschaft StGB)

Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005 465, GN 04.078 (zit. Botschaft Änderung BGBM)

Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft) vom 27. Mai 1992, BBl 1992 V 1, GN 92.057 (zit. Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft)

Botschaft II über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht vom 15. Juni 1992, BBl 1992 V 520, GN 92.057 (zit. Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft)

Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl *1983* II 745, GN 83.015 (zit. Botschaft Aktienrecht)

Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz) vom 23. November 1994, BBl *1994* I 1213, GN 94.101 (zit. Botschaft BGBM)

Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) vom 24. Februar 1993, BBl *1993* I 1369, GN 93.025 (zit. Botschaft BEHG)

Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, BBl *1983* I 263, GN 82.072 (zit. Botschaft IPRG)

Botschaft zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz) vom 23. September 2005, BBl *2005* 6395, GN 05.072 (zit. Botschaft KAG)

Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, BBl *2000* 4337, GN 00.052 (zit. Botschaft FusG)

Botschaft zum revidierten Bundesgesetz über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz; AFG) vom 14. Dezember 1992, BBl *1993* I 217, GN 92.082 (zit. Botschaft AFG)

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 2. September 2009, BBl *2009* 6151, GN 09.069 (zit. Botschaft UWG)

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl *2008* 1589, GN 08.011 (zit. Botschaft Rechnungslegungsrecht)

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl *2004* 3969, GN 01.082 (zit. Botschaft Revisionspflicht)



- Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl *1999* 6128, GN 98.028 (zit. Botschaft Bilaterale)
- Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vom 2. Dezember 2005, BBl *2006* 551, GN 05.088 (zit. Botschaft TrustÜ)
- Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl *2001* 3148, GN 01.082 (zit. Botschaft GmbH-Recht)
- Bundesgesetz über das internationale Privatrecht – Darstellung der Stellungnahmen auf Grund des Gesetzesentwurfs der Expertenkommission und des entsprechenden Begleitberichts, Bern 1980
- Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) – Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf, Zürich 1979
- Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 29. Mai 2008 (zit. UWG-Bericht)
- Referentenentwurf (Deutschland) betreffend „Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen“ vom 7. Januar 2008 (zit. Referentenentwurf IntGesR)

L

# **Einleitung**



«Ganz allgemein wird in der Doctrin des internationalen Privatrechts der Satz aufgestellt, daß gewisse einheimische Rechtsnormen absolute Geltung haben [...]. Die Durchführung dieses Grundsatzes in der Litteratur, in der Gesetzgebung und in den Gesetzesentwürfen gibt ein Bild von verwirrender, bunter Mannigfaltigkeit.»

GUSTAV WALKER<sup>1</sup>

## **I. Ausgangslage und Ziel der Untersuchung**

### **1. Inkorporationstheorie im Konflikt mit Drittinteressen**

Gesellschaften wurzeln im nationalen Recht und sind einer nationalen Rechtsordnung zugeordnet. Das in internationalen Sachverhalten auf eine Gesellschaft anwendbare nationale Recht wird in der Schweiz durch das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987<sup>2</sup> bestimmt. Gemäss Art. 154 IPRG richten sich gesellschaftsrechtliche Fragen grundsätzlich nach dem Recht des Staates, in dem eine Gesellschaft gegründet bzw. inkorporiert wurde und sie ihren statutarischen Sitz hat.<sup>3</sup> Der schweizerische Gesetzgeber hat sich somit für die Inkorporations- bzw. Gründungstheorie entschieden.<sup>4</sup> Eine Gesellschaft, die im Ausland gegründet wurde, untersteht in der Schweiz auch ausländischem Recht.

Der Gründungs- bzw. Inkorporationsort einer Gesellschaft wird von ihren Gründern<sup>5</sup> frei bestimmt. Die Anknüpfung des anwendbaren Rechts

<sup>1</sup> WALKER, 203.

<sup>2</sup> SR 291.

<sup>3</sup> Die Lokalisierung des statutarischen Sitzes im Territorium der Rechtsordnung, nach deren Vorschriften eine Gesellschaft gegründet wird, ist soweit ersichtlich in allen nationalen Gesellschaftsrechten Gründungsvoraussetzung; der statutarische Sitz fällt somit automatisch mit dem Inkorporations- bzw. Gründungsort zusammen; vgl. für die Schweiz Art. 640, 643 OR.

<sup>4</sup> BGE 117 II 494 E. 7 S. 501 f.; Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 442.

<sup>5</sup> Der besseren Lesbarkeit wegen wird bei Personen auf die weibliche Form verzichtet.

an diesen Gründungsort führt dazu, dass die Gesellschaftsgründer damit indirekt auch das auf eine Gesellschaft anwendbare Recht wählen können.

Diese Möglichkeit der Rechtswahl steht potentiell in Konflikt zu Drittinteressen. Die Gründung und Geschäftstätigkeit einer Gesellschaft kann die Interessen des Verwaltungssitzstaats und all jener Personen berühren, die mit der Gesellschaft in Kontakt stehen.<sup>6</sup> Regulierungsarme ausländische Gesellschaftsformen können zulasten der Gläubiger, Arbeitnehmer, Gesellschafter, Anleger, Tochtergesellschaften sowie der Allgemeinheit ausgenutzt werden.<sup>7</sup>

## 2. Eingriffsnormen als Korrekturinstrument

Der im 1. Kapitel des IPRG enthaltene «allgemeine Teil» des schweizerischen Internationalen Privatrechts sieht verschiedene Möglichkeiten vor, um durch Regelverweise beeinträchtigte Interessen zu schützen. In dieser «Trickkiste»<sup>8</sup> des IPRG finden sich die Ausnahmeklausel (Art. 15 IPRG), die Vorbehaltsklausel (Art. 16 IPRG) sowie das Institut der Eingriffsnorm bzw. *loi d'application immédiate*<sup>9</sup> (Art. 18 und 19 IPRG). Des Weiteren kommen das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 ZGB) sowie die Rechtsanwendungs- bzw. Rechtsfindungsregel des Art. 1 ZGB als Korrektive zum internationalprivatrechtlichen Verweisungssystem in Betracht.<sup>10</sup>

Die Anwendungsmöglichkeiten dieser Korrekturinstrumente sind im Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, d.h. im Internationalen Gesellschaftsrecht,<sup>11</sup> jedoch stark beschränkt und teilweise gänzlich ausgeschlossen: Die Anwendung der Ausnahmeklausel ist im Internationalen Gesellschaftsrecht aufgrund der inkorporationstheoriebedingten Rechts-

<sup>6</sup> Vgl. BGE 130 II 351 E. 6.1 S. 369: «Das Gesellschaftsstatut folgt der Inkorporationstheorie. In Bezug auf ausländische Gesellschaften lässt dies wenig Raum für aufsichtsrechtliches Einschreiten seitens der inländischen Behörden. Im Interesse eines effizienten Anleger- und Marktschutzes kommt man jedoch nicht um eine Regelung der Folgen einer Geschäftstätigkeit, die im Inland ausgeübt wird, herum.»

<sup>7</sup> NOBEL, Entwicklungen, 10 f.; s.a. GROLIMUND, 236 ff.

<sup>8</sup> SCHNEIDER, 568.

<sup>9</sup> Zur Terminologie s. A) auf S. 51.

<sup>10</sup> Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 408; s.a. BezGer. ZH, Urt. v. 30.11.1994, in: ZR 98 1999, 254 f.

<sup>11</sup> Die Wortkombination «Internationales Gesellschaftsrecht» wird als Eigenname verstanden und gross geschrieben.

wahl nicht möglich<sup>12</sup> und auch der Regelungsgedanke des Art. 1 ZGB stark eingeschränkt.<sup>13</sup> In Bezug auf das Rechtsmissbrauchsverbot hat das Bundesgericht festgehalten, dass das Ausnutzen kollisionsrechtlich gewährter Freiheiten im Gesellschaftsrecht keinen Missbrauch darstelle.<sup>14</sup> Die Vorbehaltsklausel wiederum greift nur dann, wenn das Anwendungsergebnis des ausländischen Rechts in stossendem Widerspruch zu den inländischen Gerechtigkeitsvorstellungen steht,<sup>15</sup> was aufgrund der international funktionalen Äquivalenz der Gesellschaftsrechte nur sehr zurückhaltend bejaht werden kann und somit die Vorbehaltsklausel als geeignetes Schutzmittel für die Interessen der einer Gesellschaft gegenüberstehenden Personen ausschliesst.<sup>16</sup> Richterrechtliche Sonderanknüpfungen wiederum sind im Internationalen Gesellschaftsrecht nur im Rahmen des Gesetzes möglich.<sup>17</sup> Dieser gesetzliche Rahmen beschränkt sich nach dem Gesagten auf Art. 18 IPRG.

Das Ziel, die mögliche Benachteiligung von Interessen Dritter oder der Allgemeinheit durch das verwiesene Recht auszugleichen, ist im schweizerischen Gesellschaftsrecht somit nur, aber immerhin, über Art. 18 IPRG (inländische Eingriffsnormen) zu erreichen.<sup>18</sup> Der Wortlaut des Art. 18 IPRG erlaubt zudem eine einzelfallgerechte Auslegung des ihre Anwendung begründenden «besonderen Zwecks», was das Institut der Eingriffsnorm zum idealen Korrektiv der Inkorporationstheorie macht. Vorliegende Arbeit konzentriert sich deshalb auf die Untersuchung inländischer Eingriffsnormen als Korrektiv zur Inkorporationstheorie.

### 3. Eingriffsnormen im Gesellschaftsrecht

Die nationale Rechtsordnung beansprucht von allen Personen, die sich in ihrem Wirkungsbereich bewegen, die Einhaltung gewisser Vorschriften, ohne dass ihnen notwendigerweise durch eine allgemeine Kollisionsnorm zur Geltung verholfen wird.<sup>19</sup> Derartige Vorschriften werden als Ein-

<sup>12</sup> BGE 117 II 494 E. 7 S. 501; s. B) auf S. 43.

<sup>13</sup> Siehe B) auf S. 50.

<sup>14</sup> BGE 110 Ib 213 E. 1.b S. 217; s. 6. auf S. 46.

<sup>15</sup> BGE 128 III 201 E. 1.b S. 204.

<sup>16</sup> Siehe 5. auf S. 45.

<sup>17</sup> Siehe 7. auf S. 47.

<sup>18</sup> Siehe für ein Anwendungsbeispiel BGE 128 III 201 E. 1.b ff. S. 205 ff.

<sup>19</sup> KÖSTER, 92.

griffsnormen zur Anwendung gebracht. In der vorliegenden Arbeit wird untersucht, welche Vorschriften des schweizerischen Rechts zu diesen international zwingenden Bestimmungen zählen, die auch auf ausländische Gesellschaften – trotz Verweis der allgemeinen Kollisionsnorm (Art. 154 IPRG) auf das ausländische Recht – zur Anwendung gelangen können.

Im kollisionsrechtlichen Verweisungssystem schafft die Theorie der Eingriffsnormen als Generalklausel Rechtsunsicherheit. Der Gesetzgeber hat mit Art. 18 IPRG semantische Spielräume geöffnet und schiebt die Aufgabe der eigentlichen Normsetzung an den Rechtsanwender ab.<sup>20</sup> Auch mit der Umschreibung als «international zwingende Normen» ist nichts gewonnen; es wird damit vielmehr das Ergebnis der Suche bezeichnet.<sup>21</sup> Ziel der vorliegenden Arbeit ist somit, einen Schritt in Richtung Rechtssicherheit aufzuzeigen: Die Präzisierung der Generalklausel des Art. 18 IPRG im Bereich des schweizerischen Gesellschaftsrechts.

Vorliegende Arbeit ist auf die Untersuchung von Vorschriften betreffend *Kapitalgesellschaften* ausgerichtet. Gesellschaften ausländischen Rechts, die in der Schweiz geschäftstätig werden, sind in der Tat mehrheitlich diesem Gesellschaftstyp zuzurechnen, was eine entsprechende Beschränkung rechtfertigt.

#### 4. Funktionale Auffassung des Gesellschaftsrechts

Der Begriff des Gesellschaftsrechts, wie er in der vorliegenden Arbeit verstanden wird, beschränkt sich nicht auf das klassische Gesellschaftsrecht. Ein enges, formelles Gesellschaftsrechtsverständnis würde all jene Rechtsbereiche von der Untersuchung ausschliessen, die im internationalen Kontext autonom qualifiziert werden. Als gesellschaftsrechtlich werden deshalb vorliegend Sachverhalte verstanden und untersucht, die – unabhängig von ihrer Qualifikation und Anknüpfung – *funktional* für eine Gesellschaft relevant sind und etwa dem Gesellschafter-, dem Gläubiger- oder dem Verkehrsschutz dienen.<sup>22</sup> Zum funktionalen Gesellschaftsrecht

<sup>20</sup> KRAMER, 63.

<sup>21</sup> VOSER, 164.

<sup>22</sup> Vgl. NOBEL, Gesellschaftsrecht, 17: Zu den gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten gehören im internationalen Kontext nicht nur die Situation einer wirtschaftlich intakten Gesellschaft, sondern auch diejenige von Schieflage und Konkurs; s.a. HABERSACK, Rz. 24, der in Bezug auf das Insolvenz-, Delikts- und Vertragsrecht von «spezifisch gesellschaftsrechtlichen Instrumentarien» spricht.



gehören all diejenigen Rechtsnormen, die dazu bestimmt sind, die für eine Personenvereinigung spezifischen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern, der Gesellschafter untereinander sowie der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter zu aussenstehenden Dritten im Sinne eines angemessenen Interessenausgleichs zu regeln.<sup>23</sup> Diese funktionale Auffassung des Gesellschaftsrechts dient der Ausweitung der Untersuchung auf all jene Rechtsbereiche, die für eine Gesellschaft im internationalen Kontext relevant sein können,<sup>24</sup> weshalb die Behandlung der erwähnten Rechtsbereiche nur insoweit erfolgt, als sie Gesellschaften betreffen.

Auch europarechtliche Überlegungen im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsabkommen sprechen für dieses funktionelle Verständnis des Gesellschaftsrechts: Eine gesellschaftsrechtsfremde Qualifizierung kann nicht gegen eine Kontrolle am Massstab des Freizügigkeitsabkommen schützen.<sup>25</sup>

## II. Rechtsvergleichendes Interesse der Eingriffsnormentheorie

### 1. Internationalität der Eingriffsnormen

Die Theorie der Eingriffsnormen wurde in der deutschen und französischen Lehre entwickelt. Die Zweigleisigkeit des Kollisionsrechts mit einerseits sachverhaltsbezogenen Kollisionsnormen, die einen Sachverhalt dem ihm am nächsten stehenden Recht zuweisen, und andererseits gesetzesbezogenen Bestimmungen,<sup>26</sup> die den Anwendungsbereich der Gesetze ohne Rücksicht auf konkrete Sachverhalte bestimmen, geht auf den deutschen Rechtsgelehrten VON SAVIGNY zurück.<sup>27</sup> Des Weiteren wurde die Theorie der lois d'application immédiate in der Mitte des 20.

<sup>23</sup> TEICHMANN, Gesellschaftsrecht, 23.

<sup>24</sup> Dieses weite, funktionale Verständnis des Gesellschaftsrechts hat jedoch keinen Einfluss auf die Frage der internationalprivatrechtlichen *Qualifikation*. Trotz ihrer Nähe zum Gesellschaftsrecht im weitesten Sinne sind Vorschriften des Kapitalmarkt- oder Insolvenzrechts gemäss ihren eigenen Anknüpfungsregeln anzuknüpfen; s. 2. auf S. 39.

<sup>25</sup> Zur Frage der Relevanz des FZA im Gesellschaftsrecht s. II. auf S. 95.

<sup>26</sup> Sog. «statutistische» Bestimmungen, in Anlehnung an das entsprechende lateinische Wort *statutum* für «Rechtsvorschrift».

<sup>27</sup> VON SAVIGNY, 32.

Jahrhunderts von FRANCESCAKIS geprägt, einem französischen Juristen.<sup>28</sup> Die Bezeichnung «Eingriffsnorm» wiederum wurde erstmals in europäischen Rechtsakten offiziell verwendet,<sup>29</sup> taucht aber im positiven schweizerischen Recht nicht auf. Diese «internationale Herkunft» des Begriffs der Eingriffsnormen sowie die dogmatische Auseinandersetzung der deutschen und europarechtlichen Doktrin mit diesem Rechtsinstitut begründen das Interesse an einer rechtsvergleichenden Betrachtung im Rahmen dieser Arbeit.

## 2. Rechtsvergleichende Bedeutung des deutschen und europäischen Internationalen Gesellschaftsrechts

Zur Thematik der Eingriffsnormen im Gesellschaftsrecht gibt es in der Schweiz nur eine spärliche Gerichtspraxis.<sup>30</sup> Dies legt einen Blick über die Landesgrenze nahe, insbesondere nach Deutschland.

Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht befindet sich zur Zeit im Umbruch.<sup>31</sup> Die deutsche Rechtsprechung ist in Bezug auf Gesellschaften aus den Ländern der Europäischen Union von der Sitztheorie, d.h. von der Unterstellung gesellschaftsrechtlicher Fragen unter das am tatsächlichen Verwaltungssitz einer Gesellschaft geltende Recht, zur Gründungstheorie übergegangen,<sup>32</sup> die wie in der Schweiz *de facto* zu einer Rechtswahl führt und im Vergleich zur Sitztheorie die Mobilität der Gesellschaften fördert.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> FRANCESCAKIS, Renvoi, 30 ff.

<sup>29</sup> Rom-II-VO (EG) Nr. 864/2007, Art. 16.

<sup>30</sup> Soweit ersichtlich sind seit Inkrafttreten des IPRG drei Bundesgerichtsentscheide, eine Verfügung der Übernahmekommission (vormals «Übernahmekammer der Eidgenössischen Bankenkommission») sowie je ein Urteil des Handelsgerichts Zürich und des Bezirksgerichts Zürich ergangen, die im Rahmen einer gesellschaftsrechtlichen Fragestellung Art. 18 IPRG zumindest in einem *obiter dictum* erwähnen.

<sup>31</sup> FINGERHUTH/RUMPF, 91; EIDENMÜLLER-REHM, § 2 Rz. 56.

<sup>32</sup> Ausdrücklich BGH, Urt. v. 27.10.2008, II ZR 158/06; s.a. BGH, Urt. v. 14.03.2005 (II ZR 5/03), NJW 2005 [23], 1648–1650; WELLER, 204 f., m.w.H.

<sup>33</sup> Der Gerichtshof der Europäischen Union interpretiert Art. 49 ff. AEUV (ex Art. 43 ff. EGV) als Pflicht der Mitgliedstaaten zur gegenseitigen Anerkennung ihrer nationalen Gesellschaften (EuGH, Urt. v. 05.11.2002 (Rs. C-208/00) – *Überseering*, Slg. 2002, I-9919; Urt. v. 09.03.1999 (Rs. C-212/97) – *Centros*, Slg. 1999, I-1459). Rechtfertigungsbedürftig ist jede Anwendung inländischer gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen auf europäische Gesellschaften, weil dadurch die Ausübung der Niederlassungsfreiheit eingeschränkt wird (EuGH, Urt. v. 30.09.2003 (Rs. C-167/01))

Dieser europäische Paradigmenwechsel von der Sitz- zur Gründungstheorie ist im Hinblick auf die Suche nach Eingriffsnormen von grundlegendem Interesse. Eingriffsnormen haben im deutschen Gesellschaftsrecht über lange Zeit hinweg keine Rolle gespielt,<sup>34</sup> da mit der Sitztheorie das inländische Recht auch auf ausländische Gesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz im Inland zur Anwendung kam und somit keine Notwendigkeit bestand, das inländische Recht über das Institut der Eingriffsnorm anzuwenden.<sup>35</sup> Die Anwendung des inländischen Rechts war mit der Sitztheorie ohnehin bereits über den Regelverweis gewährleistet. In Deutschland stellt sich deshalb heute die in der Schweiz schon seit längerem aktuelle Frage, ob und bejahendenfalls wie Drittinteressen gegenüber der inkorporationstheoriebedingten Rechtswahl zu schützen sind.<sup>36</sup> Dies führt zur Frage nach Eingriffsnormen und deckt sich insofern mit dem Thema der vorliegenden Arbeit.<sup>37</sup> Ein Vergleich mit der rechtlichen Situation in Deutschland erweist sich nicht zuletzt deshalb als naheliegend, weil in der deutschen Lehre die Auseinandersetzung mit dem Institut der Eingriffsnorm besonders intensiv ist.

### 3. Rechtsvergleichung als Inspiration

Die Rechtsvergleichung ist im schweizerischen Recht allgegenwärtig. Der schweizerische Gesetzgeber greift bei der Rechtsetzung mitunter auf komparative Elemente zurück<sup>38</sup> und lehnt sich auch im Rahmen des «autonomen Nachvollzugs» stark an die Rechtslage in der Europäischen

– *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rz. 101); s. EIDENMÜLLER–EIDENMÜLLER, § 4 Rz. 1. Dieser Grundgedanke der Gründungstheorie wurde auch in Deutschland im Referentenentwurf IntGesR vom 7. Januar 2008 aufgegriffen; s. dazu WAGNER/TIMM, *passim*, FRANZ/LAEGER, *passim*, und BOLLACHER, *passim*.

<sup>34</sup> BOLLACHER, 204.

<sup>35</sup> Vgl. EGO, 152, welcher die Notwendigkeit einer Debatte über Eingriffsnormen im deutschen Gesellschaftsrecht mit der Begründung verneint, es gäbe im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht keinen Regelverweis auf das Recht des Gründungsstaats.

<sup>36</sup> Siehe etwa LANZIUS, 22: Da mit der Gründungstheorie die Umgehung gesellschaftsrechtlicher Schutzvorschriften durch den Einsatz von Scheinauslandsgesellschaften möglich sei, seien neue Schranken für das Gesellschaftsstatut erforderlich.

<sup>37</sup> Vgl. KROPHOLLER, 581: Mit dem Übergang zur Gründungstheorie muss dem Schutzbedürfnis Dritter über Sonderanknüpfungen von Eingriffsnormen Rechnung getragen werden.

<sup>38</sup> BK–MEIER–HAYOZ, Art. 1 ZGB N 368.

Union an. Angesichts der in der Schweiz im Vergleich zum Umland bedeutend geringeren Anzahl an juristischer Literatur kommt der ausländischen Literatur in der Schweiz eine umso wichtigere Rolle zu. Dies gilt insbesondere für ein international ausgerichtetes Rechtsgebiet wie das Internationale Gesellschaftsrecht. Die Rechtsvergleichung nimmt in der Schweiz *de facto* die Rolle einer Rechtsquelle ein,<sup>39</sup> und auch das Bundesgericht orientiert sich bei der Rechtsauslegung an den Lösungen ausländischer Rechtsordnungen.<sup>40</sup> Der Rechtsvergleichung kommt deshalb im Internationalen Privatrecht eine bedeutende Rolle zu, was im Rahmen der vorliegenden Arbeit durch die Berücksichtigung der einschlägigen deutschen Rechtsprechung und Lehre bewerkstelligt wird.

Vorliegend wird die Rechtsvergleichung funktional eingesetzt, indem untersucht wird, wie im deutschen und europäischen Recht dem Schutz von Drittinteressen bei internationalen Verhältnissen im Gesellschaftsrecht Rechnung getragen wird, und diese Erkenntnisse anschliessend mit der Situation in der Schweiz verglichen werden. Die Rechtsvergleichung erfolgt aber nicht in Form eines eigenen Kapitels; vielmehr wird an verschiedenen Stellen innerhalb der jeweiligen Themen auf die Rechtslage und den Stand der Diskussion in Deutschland und im Europarecht eingegangen.

### III. Aufbau

Im 1. Teil «Grundlagen» werden die Inkorporationstheorie, die Notwendigkeit ihrer Einschränkung sowie die kollisionsrechtlichen Möglichkeiten und Vorgaben dieser Einschränkung dargestellt. Der Schwerpunkt liegt dabei auf dem Rechtsinstitut der Eingriffsnorm und der teleologischen Auslegung des Art. 18 IPRG.

Im 2. Teil «Schutzlücken im Gesellschaftsrecht» werden die schweizerischen Vorschriften, welche den Schutz der Gläubiger, der Arbeitnehmer, der Gesellschafter, der Anleger, der Tochtergesellschaften sowie der Allge-

<sup>39</sup> WIEGAND, 883.

<sup>40</sup> Siehe z.B. BGE 131 III 257 E. 2.3; 121 III 109 E. 4.a.

meinheit<sup>41</sup> bezwecken, auf ihre mögliche Qualifikation als Eingriffsnormen hin untersucht.

Eingriffsnormen sind Schutznormen. Ausgangslage ist deshalb die Frage, wie der Schutz Dritter und der Allgemeinheit im schweizerischen Gesellschaftsrecht gewährleistet wird. Ausgehend von der Arbeitshypothese, dass über die Inkorporationstheorie auf ein ausländisches Gesellschaftsrecht verwiesen wird und keine den schweizerischen Standards gleichwertigen Schutzinstrumente zur Anwendung gelangen, wird untersucht, ob hierdurch Schutzlücken entstehen und wie diese gegebenenfalls geschlossen werden können bzw. müssen. Der «besondere Zweck» einer Vorschrift vermag gemäss der hier vertretenen Auffassung nämlich nur dann eine zwingende Anwendung i.S.d. Art. 18 IPRG zu rechtfertigen, wenn eine Schutzlücke vorliegt und die drei Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit ihrer Anwendung erfüllt sind. Das Vorliegen einer Schutzlücke ist immer dann zu verneinen, wenn der Zweck einer inländischen Schutznorm bereits durch den Regelverweis, gesetzliche Sonderanknüpfungen oder andere Mechanismen wie etwa die Umqualifikation der Rechtsfrage erreicht wird.

Diese Auffassung der Eingriffsnormen basiert auf einer teleologischen Auslegung des Art. 18 IPRG. Als *ratio legis* des Art. 18 IPRG wird nicht die Anwendung zwingender Normen des schweizerischen Rechts angesehen, sondern die Gewährleistung des durch diese zwingenden Vorschriften bezweckten Schutzes.

<sup>41</sup> Alle Normen dienen auf irgend eine Weise der Allgemeinheit (siehe Bst. a) auf S. 62), weshalb der Schutz der Allgemeinheit nicht in einem separaten Kapitel behandelt wird, sondern an verschiedenen Stellen darauf eingegangen wird.



## **1. Teil: Grundlagen**





## § 1 Das Internationale Privatrecht der Gesellschaft

Vorliegendes Kapitel präsentiert die schweizerische Inkorporationstheorie und stellt sie der europäischen Rechtsentwicklung sowie den objektiven und gemischten Anknüpfungstheorien gegenüber.

### I. Eingeschränkte Inkorporationstheorie der Schweiz

#### 1. Anerkennung von Gesellschaften im schweizerischen Recht

Gesellschaften im Sinne des IPRG sind organisierte Personenzusammenschlüsse und Vermögenseinheiten (Art. 150 IPRG). Sie werden als «ausländisch»<sup>42</sup> bezeichnet, wenn sie ihren Sitz im Ausland haben.<sup>43</sup>

Der Sitz einer Gesellschaft im Sinne des schweizerischen Internationalen Gesellschaftsrechts befindet sich an dem in den Statuten oder im Gesellschaftsvertrag bezeichneten Ort. Fehlt eine solche Bezeichnung, so gilt der Ort als Sitz, an dem die Gesellschaft tatsächlich verwaltet wird (Art. 21 Abs. 2 IPRG). Ausschlaggebend für die «kollisionsrechtliche Nationalität» einer Gesellschaft ist gemäss schweizerischem Recht somit primär der statutarische Sitz und subsidiär der Verwaltungssitz.

In der Schweiz wird eine ausländische Gesellschaft zivilrechtlich anerkannt, wenn sie nach dem auf sie anwendbaren Recht, d.h. gemäss ihrem Gesellschaftsstatut, existiert.<sup>44</sup> Die Bestimmung dieses Gesellschaftsstatuts im schweizerischen Recht wird im nachfolgenden Unterabschnitt präsentiert.

<sup>42</sup> Vgl. Art. 160 IPRG, Marginalie.

<sup>43</sup> Diese *kollisionsrechtliche* Nationalität ist von der *faktischen* Nationalität i.S.d. Kontrolltheorie zu unterscheiden, die für die Bestimmung der Nationalität einer Gesellschaft beispielsweise auf die Staatsangehörigkeit der sie beherrschenden natürlichen Personen abstellt; s. 5. auf S. 27.

<sup>44</sup> Botschaft IPRG, BBl **1983** I 263, S. 440 f.

## 2. Bestimmung des anwendbaren Rechts

Das IPRG folgt der Inkorporations- bzw. Gründungstheorie (Art. 154 IPRG).<sup>45</sup> Die Bezeichnung *Gründungstheorie* hebt hervor, dass die Gesellschaft dem Recht des Staates unterstellt wird, nach dessen Vorschriften sie gegründet wurde. Der Begriff *Inkorporationstheorie* unterstreicht, dass für die Bestimmung des anwendbaren Rechts direkt auf den Ort abgestellt wird, an dem die Gesellschaft in ein Handelsregister eingetragen wurde.<sup>46</sup> In der Regel werden Handelsgesellschaften mit der Eintragung in ein Handelsregister gegründet.<sup>47</sup> Gründungs- und Inkorporationsort fallen somit zumindest im schweizerischen Recht zusammen, weshalb Inkorporations- und Gründungstheorie als Synonyme zu verstehen sind.<sup>48</sup>

Sind für eine Gesellschaft keine Publizitäts- oder Registrierungsvorschriften vorgesehen, wird subsidiär auf jene Rechtsordnung abgestellt, nach der die Gesellschaft organisiert ist (Art. 154 Abs. 1 IPRG). Erfüllt eine Gesellschaft hingegen gewisse Publizitäts- oder Registrierungsvorschriften nicht, so untersteht sie gem. Art. 154 Abs. 2 IPRG dem Recht des Staates, in dem sie tatsächlich verwaltet wird. Bei diesem *Verwaltungssitz* handelt es sich um den «Ort, an dem die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden».<sup>49</sup>

Die Theorie des effektiven Verwaltungssitzes spielt in der Schweiz in der Praxis kaum eine Rolle. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird deshalb primär der Regelfall untersucht, d.h. die Anwendung des ausländischen Rechts aufgrund der Inkorporationstheorie.

<sup>45</sup> Die Inkorporationstheorie hat ihren Ursprung in England (STAUDINGER-GROSSFELD, IntGesR Rz. 31), wo in Zeiten der Kolonialisierung eine Gesellschaft auch dann dem Schutz des englischen Rechts unterstellt werden sollte, wenn der Verwaltungssitz im Ausland lag (MüKo Bd. 11-KINDLER, IntGesR Rz. 332).

Der Gründungs- bzw. Inkorporationstheorie folgen heute das Vereinigte Königreich, Irland, die USA, die skandinavischen Länder, die Niederlande sowie noch weitere 60 Rechtsordnungen (s. GIRSBERGER/RODRIGUEZ, 561 und SPAHLINGER/WEGEN-WEGEN, Rz. 1462 f.), in Bezug auf europäische Gesellschaften auch alle EU-Mitgliedstaaten.

<sup>46</sup> GIRSBERGER/RODRIGUEZ, 560.

<sup>47</sup> Siehe z.B. für das schweizerische Recht Art. 643 Abs. 1 OR.

<sup>48</sup> Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 441; im Nachfolgenden ist mit der Erwähnung eines dieser Begriffe immer auch der andere mit gemeint.

<sup>49</sup> SANDROCK, FS Beitzke, 683.

### 3. Inkorporationstheorie und verfolgte Interessen

Die Inkorporationstheorie verwirklicht verschiedene *kollisionsrechtliche* und *materielle* Interessen.<sup>50</sup> Die Gewichtung der mit der Inkorporationstheorie verfolgten Ziele hat einen grundlegenden Einfluss auf die Frage nach etwaigen Ausnahmen vom Regelverweis. Nicht die Inkorporationstheorie als solche ist das Leitmotiv des Internationalen Gesellschaftsrechts, sondern der Schutzzweck, der hinter der Inkorporationstheorie steht und mit ihr verfolgt wird.<sup>51</sup> Ausnahmen von der Inkorporationstheorie müssen deshalb dort möglich sein und dürfen aber auch nur dort erfolgen, wo der Zweck, der mit ihr verfolgt wird, nicht mehr gewährleistet ist.

Die *ratio legis* der schweizerischen Inkorporationstheorie unterscheidet sich vom Zweck, der mit der europäischen Inkorporationstheorie verfolgt wird.<sup>52</sup> Diese Feststellung ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit bei der Berücksichtigung von ausländischer Literatur und Rechtsprechung von Bedeutung, da nicht jede Ausnahme von der Inkorporationstheorie, die in der europäischen Literatur vertreten wird, auch auf die Schweiz übertragen werden kann.

#### A) Schweizerische Inkorporationstheorie

**a) Materielle und kollisionsrechtliche Interessen** Für den schweizerischen Gesetzgeber war bei der Entscheidung für die Inkorporationstheorie zum einen ausschlaggebend, dass die Anwendung des Gründungsrechts die Gefahr der Nichtigkeit einer Gesellschaft verringert.<sup>53</sup> Dies dient dem Schutz der Gläubiger, da ihnen ihr Schuldner erhalten bleibt.<sup>54</sup> Zum anderen dient die Inkorporationstheorie auch dem Schutz des Gründerwillens der Gesellschafter<sup>55</sup> und der internationalen Bewegungsfreiheit

<sup>50</sup> Vgl. NEUHAUS, 160 ff.

<sup>51</sup> Vgl. WELLER, 208, der zwischen der gemeinschaftsrechtlichen, völkerrechtlichen und autonom fundierten Gründungstheorie differenziert.

<sup>52</sup> Siehe die beiden nachfolgenden Abschnitte A) und B).

<sup>53</sup> BSK IPRG–VON PLANTA/EBERHARD, Art. 155 N 2.

<sup>54</sup> Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 442; vgl. BGH, Urt. v. 27.10.2008 (II ZR 158/06), NJW 2009, 289 ff.: Eine in der Schweiz gegründete Aktiengesellschaft mit deutschem Verwaltungssitz ist in Deutschland *nicht* als Aktiengesellschaft rechtsfähig, sondern als *Personengesellschaft* zu behandeln.

<sup>55</sup> TERSTEEGEN, 58.

der Gesellschaften.<sup>56</sup> Die Inkorporationstheorie stellt sicher, dass Gesellschaften auch nach einem allfälligen Wechsel ihres Verwaltungssitzes fortbestehen.

Ein weiteres Ziel der Inkorporationstheorie ist die Rechtssicherheit,<sup>57</sup> welche sich aus der Anknüpfung an ein stabiles, eindeutiges und leicht identifizierbares Tatbestandselement ergibt.<sup>58</sup> Die Inkorporationstheorie führt *de facto* zur Anknüpfung an den im jeweiligen Handelsregister für alle interessierten Personen ersichtlichen statutarischen Sitz der Gesellschaft<sup>59</sup> und dient damit allen Parteien,<sup>60</sup> sowohl Gläubigern<sup>61</sup> als auch Gesellschaftern.

**b) Relevanz der verfolgten Interessen** In der Schweiz war das materielle Interesse des Gläubigerschutzes ein wichtiger Faktor bei der Entscheidung für die Regelanknüpfung im Internationalen Gesellschaftsrecht.<sup>62</sup> Die schweizerische Inkorporationstheorie verliert somit dort an Gewicht, wo durch sie der Gläubigerschutz untergraben wird. Einschränkungen des Regelverweises müssen deshalb im Rahmen einer teleologischen Auslegung zugunsten des Gläubigerschutzes möglich sein.

Im unternehmerischen Normalbereich stimmen die Interessen der Gesellschafter, der Geschäftsführer und der Gläubiger überein. Die Wahl des für eine Gesellschaft «günstigsten» Gesellschaftsrechts wirkt sich somit grundsätzlich für alle an einer Gesellschaft interessierten Personen positiv aus, und es kann davon ausgegangen werden, «dass die Parteien

<sup>56</sup> ADENSAMER, 22.

<sup>57</sup> Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 275, 286, 441.

<sup>58</sup> BSK IPRG–VON PLANTA/EBERHARD, Art. 154 N 9; ADENSAMER, 22.

<sup>59</sup> Siehe z.B. für das schweizerische Recht Art. 626, 640 und 643 OR. Soweit ersichtlich sehen alle europäischen Gesellschaftsrechte für ihre Handelsgesellschaften vergleichbare Vorschriften vor.

<sup>60</sup> Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 275.

<sup>61</sup> A.A. TERSTEEGEN, 59, der aus Gläubigerschutzgründen für die Sitztheorie plädiert, mit dem Argument, dass jeder Gläubiger auf die Anwendung derjenigen Rechtsordnung vertrauen dürfe, zu der eine Gesellschaft objektiv betrachtet die engsten Verknüpfungen aufweise. Dieses Argument kann jedoch aufgrund der Nachteile der Sitztheorie (s. III. auf S. 27) nicht überzeugen, indbes. da die Anknüpfung des anwendbaren Rechts an den Ort des effektiven Verwaltungssitzes zur Inexistenz der Gesellschaft führen kann, was nicht im Interesse der Gläubiger ist, da sie u.U. ihren Schuldner verlieren.

<sup>62</sup> Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 442.

ihre Rechtswahl kaum je ohne ein vernünftiges Interesse treffen».<sup>63</sup> Niedrigere Schutzbestimmungen für Gläubiger und Gesellschafter ermöglichen mitunter höhere Profite, was die Dividende und die Chance der Gläubiger auf Rückzahlung erhöht, und somit auch im Interesse der Anleger und Gläubiger liegen kann. *E contrario* muss die Inkorporationstheorie aber dort, wo die Interessen der Gesellschafter und Drittpersonen *nicht* übereinstimmen, eingeschränkt werden können.

Die Inkorporationstheorie geht von der Prämisse aus, dass alle nationalen Rechtsordnungen über ein in sich kohärentes Gesellschaftsrecht verfügen, welches alle grundlegenden Probleme des Gesellschaftsrechts auf irgend eine Weise löst.<sup>64</sup> Diese Prämisse rechtfertigt den «blinden» Verweis der Inkorporationstheorie auf ein ausländisches Gesellschaftsrecht ohne vorhergehende inhaltliche Kontrolle. Erweist sich diese Prämisse jedoch nicht als wahr, muss überall dort, wo sich im Einzelfall ein grundlegendes Problem des Gesellschaftsrechts als nicht gelöst erweist, eine Ausnahme von der Inkorporationstheorie zumindest theoretisch möglich sein. Zudem kann dort, wo die Voraussehbarkeit des Gesellschaftsstatuts für Gläubiger eine untergeordnete Rolle spielt, u.U. eine andere Anknüpfung in Erwägung gezogen werden.

Die hier vertretene Auslegung der Inkorporationstheorie wird zwar durch ihre anderen, kollisionsrechtlichen Ziele, wie etwa die Rechtssicherheit oder das Interesse an einer möglichst umfassenden Anwendung einer Rechtsordnung (Einheit des Gesellschaftsstatuts), eingeschränkt. Die Rechtssicherheit steht der Berücksichtigung von Eingriffsnormen grundsätzlich entgegen bzw. bedingt, dass Letztere nur sehr beschränkt zum Einsatz kommen, da sie in das verwiesene Recht eingreifen, aus dem Gesetz oftmals nicht ersichtlich sind und somit die Rechtssicherheit gefährden.<sup>65</sup> Aus den Materialien und den Sonderanknüpfungen der Art. 156 ff. IPRG ist jedoch ersichtlich, dass der Gläubigerschutz das primäre Ziel der Inkorporationstheorie darstellt und deshalb eine Ausnahme vom Regelverweis rechtfertigen kann. Ausnahmen von der Inkorporationstheorie müssen dort möglich sein, wo der Zweck, den sie verfolgt, nicht mehr gewährleistet ist. Auf diese Überlegungen wird nachfolgend an verschiedenen Stellen zurückzukommen sein.

<sup>63</sup> Botschaft IPRG, BBl **1983** I 263, S. 408.

<sup>64</sup> ZIMMER, Gestaltungsfreiheit, 3588.

<sup>65</sup> Siehe dazu 1. auf S. 89.

## **B) Europäische Inkorporationstheorie**

In den EU-Mitgliedstaaten beruht die Inkorporationstheorie auf dem Schutz des Gründerwillens und der Freizügigkeit der juristischen Personen, d.h. auf der Niederlassungsfreiheit i.S.v. Art. 49 AEUV.<sup>66</sup> Ausnahmen von dieser «europäischen Inkorporationstheorie» sind deshalb nur im Rahmen der europarechtlichen Vorgaben möglich. Das Europarecht kennt als Rechtfertigung für die Beschränkung der Grundfreiheiten den Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs, Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, sowie zwingende Allgemeininteressen.<sup>67</sup>

Kriterien wie etwa die Rechtssicherheit oder die Einheit des Gesellschaftsstatuts, die in der Schweiz durchaus ein Argument für oder gegen eine Ausnahme von der Inkorporationstheorie darstellen können, sind im europäischen Kontext nicht relevant. Es zählen einzig die europarechtlichen Rechtfertigungsgründe, und das Motiv für die europäische Inkorporationstheorie ist auf die Niederlassungsfreiheit beschränkt. Somit kann nicht jede Ausnahme von der europäischen Inkorporationstheorie auf die Schweiz übertragen werden.

## **4. Inkorporationstheoriebedingte indirekte Rechtswahl**

Die Inkorporationstheorie gesteht den Gesellschaftsgründern grosse Freiheiten zu: Der Inkorporationsort ist frei wählbar.<sup>68</sup> Dies gilt selbst bei allfälliger Lokalisierung des Verwaltungssitzes oder der Geschäftsaktivität der Gesellschaft in einem anderen Staat.<sup>69</sup> Art. 154 IPRG verlangt nicht, dass zwischen dem Staat der Inkorporation und der Gesellschaft – von der Erfüllung der Publizitäts- und Registrierungsvorschriften abgesehen – noch eine besondere Verbindung bestehe.<sup>70</sup> Selbst wenn mit der Wahl des Inkorporationsortes ausländische Vorschriften umgangen werden, wird

<sup>66</sup> Ex Art. 43 EGV.

<sup>67</sup> Siehe dazu 3. auf S. 98.

<sup>68</sup> BGE 128 III 346 E. 3.1.5 S. 351.

<sup>69</sup> BGE 117 II 494 E. 5 f.; 108 II 122.

<sup>70</sup> Botschaft IPRG, BBl **1983** I 263, S. 445.

dies im schweizerischen Recht akzeptiert.<sup>71</sup> Die Motive zur Wahl des ausländischen Gesellschaftsstatuts sind unerheblich.<sup>72</sup>

Mit dem Eintragungsort kann indirekt auch das Gesellschaftsstatut frei bestimmt werden. Dies führt zu einer weitreichenden Parteiautonomie. Im technischen Sinne handelt es sich zwar nicht direkt um eine Rechtswahl, da an das *objektive* Kriterium des Gründungsortes angeknüpft wird. Der Gründungsort wird jedoch durch den Parteiwillen bestimmt,<sup>73</sup> so dass zumindest *indirekt* von einer Rechtswahl gesprochen werden kann.<sup>74</sup>

## 5. Einschränkung durch Sonderanknüpfungen

Um nicht Gefahr zu laufen, aufgrund einer zu weiten Regelanknüpfung die im Einzelfall erforderliche Rücksicht auf Drittinteressen zu verlieren,<sup>75</sup> sieht das IPRG mit Art. 156 ff. Sonderanknüpfungen vor, die gewisse typisierte Sachverhalte umfassen, in denen vom allgemeinen Grundsatz der Inkorporationstheorie zugunsten anderer Interessen abgewichen werden muss.<sup>76</sup> Die schweizerische Inkorporationstheorie ist somit eingeschränkt bzw. wird von Sonderanknüpfungen überlagert, so dass von einer eingeschränkten Inkorporationstheorie<sup>77</sup> bzw. Überlagerungstheorie<sup>78</sup> gesprochen werden kann.

Vorliegend wird bevorzugt von *eingeschränkter* Inkorporationstheorie gesprochen. Die Sonderanknüpfungen der Art. 156 ff. IPRG kommen bei Vorliegen der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen immer zur Anwendung, ohne dass auf den Grundregelverweis des Art. 154 IPRG

<sup>71</sup> BGE 110 Ib 213 E. 1.b S. 217; BUCHER/BONOMI, 317 Rz. 1176.

Wie es sich bei der Umgehung *inländischer* Vorschriften verhält, ist letztendlich Thema dieser Arbeit, da gewisse inländische Vorschriften u.U. als Eingriffsnormen durchgesetzt werden können.

<sup>72</sup> SIEHR, IPR, 399.

<sup>73</sup> KONDOROSY, 227; vgl. BSK OR II–SCHENKER, Art. 626 N 5.

<sup>74</sup> BGE 117 II 494 E. 7 S. 501.

<sup>75</sup> Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 275.

<sup>76</sup> Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 286.

<sup>77</sup> MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR Rz. 368; DE LIMA PINHEIRO, 210, spricht von «diluted theory of incorporation».

<sup>78</sup> KONDOROSY, 229; SCHNYDER, FS Böckli, 569; SCHNYDER/LIATOWITSCH, 303 Rz. 875. GROLIMUND, 237, spricht in Bezug auf das schweizerische Recht von einer im Ergebnis mit der Überlagerungstheorie vergleichbaren Sonderanknüpfung.

abgestellt würde, sodass dieser in den von Art. 156 ff. IPRG erfassten Konstellationen nicht überlagert, sondern eingeschränkt wird.

## 6. Weiter Umfang des Gesellschaftsstatuts

Das auf die Gesellschaft anwendbare Recht bestimmt gemäss Art. 155 IPRG u.a. die Rechtsnatur, die Entstehung und den Untergang, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, den Namen bzw. die Firma, die Organisation, die internen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern, die Haftung aus Verletzung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften, die Haftung für ihre Schulden sowie die Vertretung der aufgrund ihrer Organisation handelnden Personen. Unter Vorbehalt der Sonderanknüpfungen von Art. 155–159 IPRG<sup>79</sup> unterstehen somit *alle* Fragen, die zum Gesellschaftsrecht i.e.S. gehören,<sup>80</sup> dem gemäss der Inkorporationstheorie bestimmten Gesellschaftsstatut.<sup>81</sup>

Demgegenüber sind Rechtsfragen, die trotz einer gewissen Nähe zum Gesellschaftsrecht nicht zum Gesellschaftsrecht i.e.S. gehören und internationalprivatrechtlich autonom zu qualifizieren sind, wie z.B. Bestimmungen des Delikts-, Insolvenz- und Kapitalmarktrechts etc., von der Anknüpfung an den Gründungsort der Gesellschaft ausgeschlossen.<sup>82</sup> Von der Anknüpfung der Inkorporationstheorie unberührt bleiben auch die vorwiegend öffentlichrechtlichen Gesetzesbestimmungen, wie etwa die Vorschriften über den Grundstückerwerb durch Personen im Ausland.<sup>83</sup> Das IPRG beschränkt sich schon in seinem Titel auf das *Privatrecht*.

## II. Objektive und gemischte Anknüpfungstheorien

Neben dem *subjektiv* bestimmten Inkorporations- bzw. Gründungsort werden für das Gesellschaftsstatut in anderen Rechtsordnungen sowie in der in- und ausländischen Lehre *objektiv* lokalisierte Anknüpfungspunkte

<sup>79</sup> Siehe dazu A) auf S. 48.

<sup>80</sup> Davon abzugrenzen ist das weite, funktionale Verständnis des Gesellschaftsrechts, wie hiervor unter Ziff. 4. auf S. 6 dargestellt.

<sup>81</sup> BGE 128 III 346 E. 3.1.3 S. 349.

<sup>82</sup> Siehe 2. auf S. 39.

<sup>83</sup> SR 211.412.41; Botschaft IPRG, BBl **1983** I 263, S. 440; s. 1. auf S. 37.



vertreten.<sup>84</sup> Sie stellen nicht auf den Willen der Gesellschaftsgründer ab, sondern bestimmen das anwendbare Recht ausgehend von Tatbestandselementen, die von Aussen bestimmt werden, wie z.B. dem Verwaltungssitz einer Gesellschaft. Objektive Anknüpfungselemente schützen die Interessen, die durch das Entstehen, Bestehen oder die Auflösung einer Gesellschaft betroffen sind, indem das Recht mit dem objektiv engsten Sachverhaltsbezug zur Anwendung gebracht wird, welches in der Regel der Erwartung der Parteien entspricht und diese schützt.

Der folgende Abschnitt verfolgt nicht das Ziel, die Entscheidung des schweizerischen Gesetzgebers für die Inkorporationstheorie in Frage zu stellen; er soll lediglich einen summarischen Überblick über die objektiven Anknüpfungstheorien geben.

Die Untersuchung der objektiven und gemischten Anknüpfungstheorien ist im Zusammenhang mit Eingriffsnormen von Bedeutung, weil die Frage des Eingriffsrechts eng mit der gewählten Anknüpfungstheorie verknüpft ist.<sup>85</sup> Kommt das inländische Recht aufgrund des Verwaltungssitzes einer Gesellschaft über eine objektive Anknüpfungstheorie zur Anwendung, so erübrigt sich auch die Frage nach inländischem Eingriffsrecht.<sup>86</sup> Es käme einer Negation des Kollisionsrechts gleich, wenn trotz des Verweises auf das inländische Recht letzteres als Eingriffsrecht angewendet würde. Je eher also an objektive Punkte angeknüpft wird bzw. je

<sup>84</sup> Für umfassende Übersichten, s. MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR Rz. 331–405; SANDROCK, Kollisionsrecht, 277 ff.; TERSTEEGEN, 14–61.

<sup>85</sup> Vgl. EGO, 152, welcher die Notwendigkeit einer Debatte über Eingriffsnormen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht mit der Begründung verneint, es gäbe keinen Regelverweis auf das Recht des Gründungsstaats.

<sup>86</sup> Die Anwendung von Eingriffsnormen wird in Art. 18 IPRG mit einem «besonderen Zweck» begründet. Wird dem besonderen Zweck einer Vorschrift aber bereits über den Regelverweis Rechnung getragen, erübrigt sich die Anwendung als Eingriffsnorm. Ziel der Eingriffsnormen ist nicht ihre unbedingte Anwendung, sondern das Erreichen ihres Schutzzwecks. Ein bereits erfüllter Zweck kann keine zwingende Anwendung mehr begründen. Auf diese Überlegung wird an vielen Stellen der Arbeit zurückzukommen sein; vgl. FETSCH, 42, der zahlreiche Eingriffsnormen im deutschen Gesellschaftsrecht erkennt, die Notwendigkeit ihrer gesonderten Anknüpfung jedoch verneint, da aufgrund der Sitztheorie und der daraus folgenden Anwendung der inländischen Schutzvorschriften die zu schützenden Interessen bereits geschützt seien; s.a. HABERMEIER, 165, der darauf hinweist, dass das Bedürfnis, die Berücksichtigung zwingender Normen zu fördern, proportional mit der Beschränkung der Wahlfreiheit der Parteien abnehme.

mehr die Inkorporationstheorie eingeschränkt wird, desto geringer ist das Bedürfnis, das Gesellschaftsstatut mit Eingriffsnormen einzuschränken.<sup>87</sup>

## 1. Sitztheorie

Die *Sitztheorie* oder Schutztheorie<sup>88</sup> wurde im 19. Jahrhundert in Frankreich und Belgien entwickelt und wird heute in mehr als siebenzig Rechtsordnungen zumindest teilweise angewendet, insbesondere in Deutschland.<sup>89</sup> Massgeblich für die Sitztheorie ist der effektive Verwaltungssitz, d.h. der Ort, an dem sich die Hauptverwaltung einer Gesellschaft befindet.<sup>90</sup> Die Sitztheorie baut auf der Überzeugung auf, dass Schutzvorschriften zugunsten Dritter und der Allgemeinheit nicht umgangen werden dürfen. Zur Anwendung gelangt deshalb das Recht desjenigen Staates, dessen wirtschaftlichen und politischen Belange von den Aktivitäten der Gesellschaft am stärksten betroffen sind,<sup>91</sup> d.h. das Recht am Ort des Verwaltungssitzes. Die Wahl des aus Gründersicht vorteilhaftesten Rechts soll vermieden werden.<sup>92</sup>

Die Anwendung der Sitztheorie ist durch die Rechtsprechung des EuGH in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union jedoch stark eingeschränkt worden und gilt nur noch unter Vorbehalt.<sup>93</sup> Die Rechtsprechung des EuGH<sup>94</sup> verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten zur gegenseitigen Aner-

<sup>87</sup> Vgl. MüKo Bd. 10–MARTINY, Art. 9 Rom-I-VO Rz. 10: Ein Staat, der die Parteiautonomie grundsätzlich ablehnt und stets sein eigenes Recht zur Anwendung bringt, hat gar keinen Anlass, einzelne seiner Bestimmungen als Eingriffsnormen einzustufen.

<sup>88</sup> TERSTEEGEN, 59.

<sup>89</sup> Siehe GIRSBERGER/RODRIGUEZ, 561, SPAHLINGER/WEGEN–WEGEN, Rz. 1464, und MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR Rz. 5, 338, 400 ff.; die Sitztheorie gilt z.B. zumindest in Bezug auf aussereuropäische Gesellschaften in Deutschland (vgl. BGH, Urt. v. 27.10.2008 (II ZR 158/06), NJW 2009, 289 ff.), Österreich, Frankreich, Belgien, Luxemburg, sowie in Mischformen auch in Portugal, Spanien, Griechenland, Italien und Dänemark.

<sup>90</sup> SANDROCK, FS Beitzke, 683; ADENSAMER, 29, m.w.H. auf die deutsche Rechtsprechung.

<sup>91</sup> ADENSAMER, 27.

<sup>92</sup> HORN, 898; STAUDINGER–GROSSFELD, IntGesR Rz. 38 ff.

<sup>93</sup> Siehe hiervor 2. auf S. 8.

<sup>94</sup> EuGH, Urt. v. 30.09.2003 (Rs. C-167/01) – *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155; Urt. v. 05.11.2002 (Rs. C-208/00) – *Überseering*, Slg. 2002, I-9919; Urt. v. 09.03.1999 (Rs. C-212/97) – *Centros*, Slg. 1999, I-1459.

kennung der Gesellschaften, was in Bezug auf Gesellschaften aus dem EU-Raum *de facto* zur Inkorporationstheorie führt.<sup>95</sup> Viele Staaten, die grundsätzlich die Sitztheorie anwenden, haben zudem Handelsverträge abgeschlossen, die zwischen den Vertragsstaaten die Inkorporationstheorie zur Anwendung bringen.<sup>96</sup> Dies führt zu einem zweischichtigen Internationalen Gesellschaftsrecht,<sup>97</sup> mit unterschiedlichen Anknüpfungspunkten je nach geographischer Lokalisation des statutarischen Gesellschaftssitzes innerhalb oder ausserhalb der EU bzw. eines Staates mit Anerkennungsvertrag.

## 2. Differenzierungslehre

Die *Differenzierungslehre* basiert auf der Unterscheidung zwischen Aussen- und Innenverhältnis einer Gesellschaft.<sup>98</sup> Zum Innenverhältnis gehört die Organisation der Gesellschaft, beispielsweise Gründungsvorschriften oder Pflichten der Gesellschafter, welche wie bei der Inkorporationstheorie dem von den Parteien indirekt über den Inkorporationsort gewählten Recht unterstellt sind. Das Aussenverhältnis, zu welchem u.a. die Vertretungsmacht, die Haftung, Kapitalschutzvorschriften oder Publizitätspflichten gehören, wird hingegen an den Ort der tatsächlichen Verwaltung der Gesellschaft angeknüpft. Das Personalstatut der Gesellschaft wird somit gespalten.

Problematisch bei der Differenzierungslehre ist, dass einzelne Regelungsbereiche aus dem Gesellschaftsrecht aus ihrem Funktionszusammenhang gerissen werden. Jedes Normensystem trifft die Abwägung der durch einen Sachverhalt betroffenen Interessen anders. Strenge Gründungsvorschriften korrelieren in der Regel mit weniger strengen Kontrollen während des Fortbestands der Gesellschaft. Werden die Gründungsvorschriften dem Inkorporationsstatut entnommen, die Kapitalschutzvorschriften aber

<sup>95</sup> MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR Rz. 331–405.

<sup>96</sup> Deutschland etwa hat in über 30 Handelsverträgen die Gründungstheorie gegenüber Staaten wie den USA, Spanien, Burkina Faso, Guyana, Bolivien etc. eingeführt; s. EIDENMÜLLER–REHM, § 2 Rz. 15.

<sup>97</sup> In diesem Zusammenhang wird auch von einer «Behandlung nach Fallgruppen» gesprochen; vgl. MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR Rz. 388.

<sup>98</sup> MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR Rz. 383 ff.; französische Gerichte haben vereinzelt die Differenzierungslehre angewendet; s. Tribunal de Commerce (Paris), Urt. v. 19.10.1982.

einem anderen Recht unterstellt, welches für betroffene Dritte günstiger ist, kann die Differenzierungslehre zu einer Überregulierung oder im Gegenteil zu Schutzlücken führen, da gegebenenfalls ein strenges Inkorporationsstatut auf ein strenges Verkehrsrecht trifft oder aber ein permissives Gründungsrecht mit laxen Kontrollvorschriften kombiniert wird. Innen- und Aussenverhältnis hängen zu stark voneinander ab, als dass sie getrennt werden könnten.

### 3. Überlagerungstheorie

Bei der *Überlagerungstheorie*, welche von SANDROCK geprägt wurde,<sup>99</sup> kommt prinzipiell das Gründungsrecht zur Anwendung. Dieses wird aber durch Schutzvorschriften verdrängt bzw. überlagert, wenn Interessen Dritter oder völkerrechtlich akzeptierte Schutzzwecke beeinträchtigt würden. Zu einer Überlagerung kommt es deshalb nur im Einzelfall.<sup>100</sup> Die schweizerische Gründungstheorie mit ihren Sonderanknüpfungen unterscheidet sich davon insofern, als dass die Ausnahmen vom Gründungsrecht (Art. 156 ff. IPRG) bei Erfüllung der Tatbestandsmerkmale *immer* erfolgen, und nicht auf Schutzlücken beschränkt sind.

### 4. Kombinationslehre

Die *Kombinationslehre*, welche u.a. von ZIMMER vertreten wird,<sup>101</sup> bringt je nach Intensität der Auslandsbeziehung das Gründungsrecht oder aber die zwingenden Normen des Sitzstaats zur Anwendung. Wenn kein substantieller Auslandsbezug besteht und somit auch kein schützenswertes Interesse der Parteien an der Anwendung des ausländischen Rechts bzw. an der Nichtanwendung der intern zwingenden Normen des Sitzrechts bejaht werden kann, sind die zwingenden Normen des inländischen Rechts zu beachten.<sup>102</sup>

<sup>99</sup> SANDROCK, Überlagerungstheorie, 447.

<sup>100</sup> MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR Rz. 377.

<sup>101</sup> ZIMMER, IntGesR, 220 f.

<sup>102</sup> MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR Rz. 391.

## 5. Kontrolltheorie

Bei der *Kontrolltheorie* wird auf die Herkunft der eine Gesellschaft kontrollierenden Personen abgestellt. Die «Nationalität» einer Gesellschaft dient hier nicht der Identifikation des anwendbaren Rechts, sondern vielmehr der Unterstellung unter spezielle wirtschaftspolitische Massnahmen in Krisenzeiten. Da auch Eingriffsnormen bisweilen auf die Durchsetzung ausländer- oder wirtschaftspolitischer Massnahmen ausgerichtet sind, bietet die Kontrolltheorie einen interessanten Ansatz für die Durchsetzung gewisser überindividueller, wirtschaftspolitischer Schutzinteressen, auf welchen u.a. auch in der Schweiz zum Schutz vor Überfremdung des Bodens zurückgegriffen wird.<sup>103</sup>

## III. Gegenüberstellung der Anknüpfungstheorien

Die Entscheidung des schweizerischen Gesetzgebers für die Inkorporationstheorie beruht auf verschiedenen Überlegungen, die mehrheitlich auf die Nachteile der objektiven Anknüpfungstheorien zurückzuführen sind.

Es kann schwierig sein, den tatsächlichen Verwaltungssitz einer Gesellschaft als objektiven Anknüpfungspunkt zu bestimmen. Die Identifikation des tatsächlichen Verwaltungssitzes setzt voraus, über die Organisationsstruktur einer Gesellschaft informiert zu sein. Da der Verwaltungssitz objektiv bestimmt werden muss und somit jederzeit ändern kann, erhöht sich zudem die Rechtsunsicherheit: Eine Gesellschaft, die ihren Verwaltungssitz in einem Land hat, dessen gesellschaftsrechtliche Vorschriften sie nicht erfüllt, müsste u.U. umqualifiziert werden. Dies bringt zivilrechtliche Folgen mit sich, die bis hin zur Aberkennung der juristischen Persönlichkeit und der Einführung einer entsprechenden persönlichen Haftung der Gesellschafter führen können.<sup>104</sup> Auch für Dritte wäre das anwendbare Recht nicht unbedingt direkt erkennbar.

Das Abstellen auf «objektive» Anknüpfungselemente zur Bestimmung des anwendbaren Rechts ist keine Garantie für den Schutz betroffener inländischer Interessen. Eine Gesellschaft kann auch ausserhalb des Verwaltungssitzstaats tätig sein, so dass in dieser Konstellation trotz

<sup>103</sup> Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 440; s. z.B. Art. 5 BewG.

<sup>104</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 27.10.2008 (II ZR 158/06), NJW 2009, 289 ff.; EIDENMÜLLER–EIDENMÜLLER, § 1 Rz. 8.

Sitztheorie ein ausländisches Gesellschaftsstatut zur Anwendung kommt, welches gegebenenfalls die inländischen Schutzinteressen nicht berücksichtigt.<sup>105</sup> Die Sitztheorie bedarf, gleich wie die Inkorporationstheorie, gewisser Ausnahmen und Korrekturen.<sup>106</sup>

Alle «Kombinationstheorien», welche subjektive und objektive Anknüpfungspunkte verbinden, bringen schliesslich die in sich geschlossenen und homogenen Regelungskonzepte der einzelnen Rechtsordnungen aus der Balance.<sup>107</sup> Diese Negativselektion lässt die Inkorporationstheorie als geeignetste Anknüpfungstheorie für das Gesellschaftsrecht erscheinen.

### **1. Sachverhaltsnähe als gemeinsamer Nenner der subjektiven und objektiven Anknüpfungstheorien**

Trotz ihrer bedeutenden Unterschiede in Bezug auf das Anknüpfungsmoment sind sowohl die subjektive Inkorporationstheorie als auch die objektiven Anknüpfungstheorien des Gesellschaftsrechts zumindest implizit vom Willen geprägt, das dem Sachverhalt am nächsten stehende Recht zur Anwendung zu bringen. Ziel jedes modernen Internationalen Privatrechts ist in der Tat der Verweis auf jene Rechtsordnung, zu der ein Sachverhalt die engste Beziehung aufweist.<sup>108</sup> Die Aufgabe des Internationalen Privatrechts liegt – in den Worten von SAVIGNY – darin, «daß bei jedem Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet ausgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältnis seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist.»<sup>109</sup>

Die Sitztheorie etwa geht von der Überlegung aus, dass die Gesellschaft den engsten Bezug zu dem Staat aufweise, in dem ihr Entscheidungszentrum lokalisiert ist.<sup>110</sup> Die Kombinationstheorien teilen die gesellschaftsrechtlichen Fragen je nach betroffenen Interessen in Gruppen mit unterschiedlichen Anknüpfungspunkten ein und zielen somit auf die grösstmögliche Sachverhaltsnähe ab. Die Inkorporationstheorie wiederum

<sup>105</sup> BALTHASAR, 224.

<sup>106</sup> ZIMMER, IntGesR, 307.

<sup>107</sup> ZIMMER, IntGesR, 318. Bezeichnenderweise herrschen in fast allen Rechtsordnungen entweder die Inkorporations- oder die Sitztheorie vor, Kombinationstheorien kommen kaum zur Anwendung.

<sup>108</sup> SCHNYDER/LIATOWITSCH, 42.

<sup>109</sup> VON SAVIGNY, 28.

<sup>110</sup> HORN, 898; STAUDINGER-GROSSFELD, IntGesR Rz. 38 ff.

gewährt den Gesellschaftsgründern zwar *de facto* eine Rechtswahl, was *prima facie* als Verzicht auf einen engen Bezug zwischen Sachverhalt und anwendbarem Recht erscheinen könnte.<sup>111</sup> Der Gesetzgeber wollte aber mit der Rechtswahl keineswegs auf den engsten Bezug zwischen Sachverhalt und Rechtsordnung verzichten. Vielmehr ging er davon aus, «dass die Parteien ihre Rechtswahl kaum je ohne ein vernünftiges Interesse treffen».<sup>112</sup> Auch die Inkorporationstheorie verfolgt somit das Ziel, das Recht mit dem engsten Bezug zum Sachverhalt zur Anwendung zu bringen.

Die Gemeinsamkeit des Sachverhaltsbezugs als Kriterium aller Anknüpfungstheorien zeigt, dass dieses «Kriterium» in Wahrheit keines ist, sondern lediglich eine Umformulierung der Frage nach dem für die Regelung eines Sachverhalts am besten geeigneten Recht darstellt.<sup>113</sup> Die Antwort auf diese Frage ist aber so vielseitig, wie die soeben vorgestellten Theorien zahlreich sind.

## **2. Materielle und kollisionsrechtliche Interessen als ausschlaggebende Kriterien für die Wahl eines Anknüpfungsmodells**

Die räumliche Nähe eines Sachverhalts zu einer Rechtsordnung wird vom Zweck der einen Sachverhalt erfassenden Normen bestimmt.<sup>114</sup> Wird der Zweck des Gläubigerschutzes beispielsweise innerhalb der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften stark gewichtet, kann dies für eine Anknüpfung an das den Gläubigern am nächsten stehende Recht, d.h. das Recht des Verwaltungssitzes, sprechen,<sup>115</sup> da die meisten Gläubiger voraussichtlich dort mit der Gesellschaft in Kontakt treten. Wird der Zweck des Gesellschaftsrechts hingegen unter Berücksichtigung der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit untersucht, so ist der engste Bezug zwischen

<sup>111</sup> Vgl. BSK IPRG–VON PLANTA/EBERHARD, Art. 154 N 19: Die Orientierung am Kriterium der Erfüllung der lokalen Gründungs- und Organisationsvorschriften stelle einen Verzicht auf die Suche nach einem Zusammenhang zwischen Sachverhalt und Rechtsordnung dar.

<sup>112</sup> Vgl. für das Vertragsrecht Botschaft IPRG, BBl **1983** I 263, S. 408.

<sup>113</sup> Vgl. HABERMEIER, 195, der darauf hinweist, dass generalklauselartige Begriffe wie das Kriterium der «engen Beziehung» eine Auswahl aus mehreren Rechtsordnungen erlauben, um so bestimmte Sozialvorstellungen zu verwirklichen.

<sup>114</sup> Siehe 2. auf S. 39.

<sup>115</sup> So die Begründung für die Sitztheorie; s. 1. auf S. 24.

Sachverhalt und Rechtsordnung am Ort der Inkorporation der Gesellschaft zu finden, da dies am besten die Freizügigkeit der Gesellschaften gewährleistet. Die schweizerische Inkorporationstheorie wiederum sieht den Ort der Inkorporation *deshalb* als eng mit einem gesellschaftsrechtlichen Sachverhalt verbunden an,<sup>116</sup> weil die Gültigkeit der Gesellschaft politisch erklärtes Ziel ist.<sup>117</sup> Dieses Ziel wird mit der Anknüpfung an den Inkorporationsort erreicht.

Der «engste Sachverhaltsbezug» wird in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen und Anknüpfungstheorien somit uneinheitlich definiert. Dies deutet darauf hin, dass auch bei «neutralen» Kollisionsnormen, die sich primär auf den «blinden» Verweis auf eine Rechtsordnung beschränken und keine Inhaltskontrolle durchführen, stets materielle Überlegungen verfolgt werden. Entscheidend ist nicht, welches materielle Recht einem Sachverhalt am nächsten steht, sondern vielmehr, was mit einer Anknüpfung erreicht werden soll. Dieser gesetzgeberische Wille bestimmt, welcher Rechtsordnung über welches Anknüpfungskriterium der engste Bezug zu einem Sachverhalt zugesprochen wird. Selbst wenn im Internationalen Privatrecht deklaratorisch das «räumlich angemessenste» Recht zur Anwendung gebracht werden soll, werden dabei stets materielle Überlegungen verfolgt.<sup>118</sup> Der proklamierten Neutralität der Kollisionsnormen zum Trotz<sup>119</sup> fliesst in den Regelverweis stets eine gesellschaftspolitische Färbung hinein.<sup>120</sup>

<sup>116</sup> Selbst die Inkorporationstheorie, die *de facto* einer Rechtswahl gleichkommt, kann als Versuch gesehen werden, das Recht mit dem engsten Sachverhaltsbezug zur Anwendung zu bringen. Vgl. Botschaft IPRG, BBl **1983** I 263, S. 408.

<sup>117</sup> Botschaft IPRG, BBl **1983** I 263, S. 441; KEGEL, 274 ff.; NEUHAUS, 43.

<sup>118</sup> Der «engste Bezug» eines Sachverhalts zu einer Rechtsordnung hängt davon ab, welcher Zweck mit der Norm beabsichtigt wird. Soll etwa auf dem Kapitalmarkt die grösstmögliche Handelbarkeit der Anteile erreicht werden, wird sich der Gesetzgeber für die freie *Rechtswahl* zugunsten des Emittenten entscheiden. Wird ein grösstmöglicher Anlegerschutz bezweckt, liegt die Anwendung des *Umweltrechts* der Anleger, bzw. eine Rechtswahl zu deren Gunsten am nächsten. Steht das Kriterium der Rechtssicherheit bzw. Rechtsvorhersehbarkeit im Mittelpunkt, drängt sich hingegen die Anwendung des Rechts am *Inkorporationsort* des Emittenten auf; vgl. KONDOROSY, 144.

<sup>119</sup> FLESSNER, 2.

<sup>120</sup> SCHWANDER, Lois, 277: «Die Notwendigkeiten des Staatswohls werden regelmässig bereits bei der Formulierung der gewöhnlichen Kollisionsregeln berücksichtigt.»; s.a. VOSER, 53, in Bezug auf das Familienrecht.



Diese Feststellung eines materiellen Elements in den abstrakt-neutralen Kollisionsnormen reduziert die Differenz zwischen den Eingriffsnormen, die auf materielle Interessen ausgerichtet sind, und den regulären Kollisionsnormen, die zur Verwirklichung der kollisionsrechtlichen Gerechtigkeit das räumlich «angemessenste» Recht auffinden wollen: Beide Normtypen werden durch materielle Überlegungen bestimmt. Das Abstellen auf den engsten Sachverhaltsbezug ist keineswegs eine objektive, neutrale Vorgehensweise, sondern stellt bereits selbst eine Wertentscheidung dar. Sowohl bei Kollisionsnormen als auch bei Eingriffsnormen wird somit stets von den zu schützenden Interessen ausgegangen. Bei den Kollisionsnormen bestimmen diese Interessen den Anknüpfungspunkt, bei den Eingriffsnormen den Eingriff in den Regelverweis.



## § 2 Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Einschränkung der Inkorporationstheorie

### I. Inkorporationstheorie im Konflikt mit materiellen Interessen

Die Inkorporationstheorie ist auf *kollisionsrechtliche* Interessen ausgerichtet, insbesondere auf die Rechtssicherheit,<sup>121</sup> selbst wenn sich diese kollisionsrechtlichen Interessen im Regelfall mit den (materiellen) Interessen aller Beteiligten decken dürften. Die Gesellschaftsgründer sind in ihrer Rechtswahl frei.<sup>122</sup> Die Inkorporationstheorie birgt deshalb ein gewisses Missbrauchspotential der Gesellschaftsgründer zulasten der Gläubiger,<sup>123</sup> Tochtergesellschaften, Minderheitsgesellschafter, Arbeitnehmer<sup>124</sup> und legitimer Allgemeininteressen.<sup>125</sup> Selbst bei regulärer Ausübung der Rechtswahl kann es zu negativen externen Effekten kommen, d.h. zu Situationen, in denen die Rechtswahlfreiheit der Parteien in Konflikt mit dem Schutzbedürfnis zwingender Allgemeininteressen tritt.<sup>126</sup>

Die Interessen der Arbeitnehmer und Gläubiger werden u.U. durch die Anwendung eines ausländischen Gesellschaftsstatuts beeinträchtigt, etwa wenn ihnen aufgrund eines niedrigen Gesellschaftskapitals nur ein beschränktes Haftungssubstrat zur Verfügung gestellt wird. Anders als im Vertragsrecht, wo die Wahl des anwendbaren Rechts zumindest in der

<sup>121</sup> Botschaft IPRG, BB I 1983 I 263, S. 275, 286, 441.

<sup>122</sup> BGE 128 III 346 E. 3.1.5 S. 351.

<sup>123</sup> BSK IPRG–VON PLANTA/EBERHARD, Art. 159 N 1; ähnlich DE LIMA PINHEIRO, 212; s.a. FETSCH, 73, der ein Bedürfnis nach Eingriffsnormen insbesondere in den Rechtsgebieten sieht, die vom Prinzip der Partei- und Privatautonomie geprägt sind.

<sup>124</sup> Vgl. Botschaft FusG, BB I 2000 4337, S. 4501, und Botschaft GmbH-Recht, BB I 2001 3148, S. 3155 f.

<sup>125</sup> MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR Rz. 401 f.; TERSTEEGEN, 61; vgl. Botschaft FusG, BB I 2000 4337, S. 4497.

<sup>126</sup> Vgl. Botschaft IPRG, BB I 1983 I 263, S. 415, in Bezug auf Arbeitsverträge; s.a. KROPHOLLER, 295 f.; MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR Rz. 344 f., 355 ff., sowie BEHRENS, Sonderanknüpfung, *passim*.

Theorie von *allen* beteiligten Parteien getroffen wird,<sup>127</sup> entspricht die Inkorporationstheorie vielmehr einer *einseitigen* Rechtswahl durch die Gesellschaftsgründer – mit allen Nachteilen, die für die an der Rechtswahl *nicht* beteiligten Dritten daraus erwachsen. Dritte sehen sich der Anwendung einer Rechtsordnung ausgesetzt, an deren Wahl sie nicht direkt beteiligt waren. Ihre Entscheidung, mit der Gesellschaft in Kontakt zu treten, ist nicht in jedem Fall auch mit einer Approbation des Gesellschaftsstatuts gleichzusetzen.<sup>128</sup> Es kann deshalb den Betroffenen im Gesellschaftsrecht nicht in jedem Fall entgegengehalten werden, dass die «Wahl» einer Rechtsordnung auch die Entscheidung für das Schutzniveau derselben umfasse. Es wäre im Einzelfall zu prüfen, ob die mit der Gesellschaft in Kontakt tretenden Dritten den Umständen nach zu erwarten hatten, dass die in Frage stehende Gesellschaft ausländischem Recht untersteht.<sup>129</sup>

## II. Notwendige Einschränkung der Inkorporationstheorie

In Situationen, in denen Drittinteressen oder Interessen der Allgemeinheit durch die inkorporationstheoriebedingte Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts beeinträchtigt werden, muss eine interessengerechte Anknüpfung möglich sein.<sup>130</sup> Welche Interessen konkret Ausnahmen vom Regelver-

<sup>127</sup> Es sei dahingestellt, dass zwischen den Vertragsparteien nicht immer ein Gleichgewicht herrscht und die «gemeinsame Rechtswahl» u.U. durch ein wie auch immer begründetes Machtgefälle zum «einseitigen Diktat» werden kann.

<sup>128</sup> Vgl. die sog. *Ungewöhnlichkeitsregel* im Bereich der AGB-Kontrolle: Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nicht bindend, wenn sie Regelungen aufweisen, mit denen der Betroffene nach den Umständen nicht rechnen musste. Gem. Vertrauensprinzip gehören diese Klauseln nicht zum Vertragsinhalt.

<sup>129</sup> Vgl. Art. 158 IPRG, dessen Anwendung auf Situationen beschränkt ist, «die dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts oder der Niederlassung der anderen Partei unbekannt ist, es sei denn, die andere Partei habe diese Beschränkung gekannt oder hätte sie kennen müssen»; vgl. GROLIMUND, 441, der eine Vertrauensanknüpfung in Ausnahme von der Inkorporationstheorie als prinzipiell zulässig erachtet.

<sup>130</sup> Vgl. GROLIMUND, 43; s.a. HABERMEIER, 129: Es sei nicht ersichtlich, warum die Parteien bei internationalen Sachverhalten über die Anwendbarkeit von Vorschriften entscheiden können, die sie im internen Recht als zwingende Normen zu beachten haben. HABERMEIER, 163, schlägt die Verabschiedung vom Konzept der Rechtswahlfreiheit vor und plädiert für die Anwendung desjenigen Rechts, das aus der Sicht des kritischen Rationalismus über legitime und daher aner kennenswerte

weis ermöglichen und ab welcher Intensität der Betroffenheit bzw. unter welchen Umständen sich ein entsprechender Eingriff in den Regelverweis rechtfertigt, ist im Einzelfall abzuklären.<sup>131</sup>

Die Notwendigkeit einer Einschränkung der Inkorporationstheorie wird durch Art. 156 ff. IPRG bestätigt. Bereits der Gesetzgeber hat das Schutzbedürfnis gewisser Personengruppen bzw. der Allgemeinheit erkannt und vereinzelt entsprechende Sonderanknüpfungen vorgesehen. Diese Sonderanknüpfungen führen zu Einschränkungen des Gesellschaftsstatuts und schützen so z.B. den *Rechtsverkehr*: Eine Gesellschaft kann sich nicht auf die Beschränkung der Vertretungsbefugnis eines Organs oder eines Vertreters berufen, die dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts oder der Niederlassung der anderen Partei unbekannt ist (Art. 158 IPRG). Des Weiteren werden der *Kapitalmarkt* (Art. 156 IPRG)<sup>132</sup> sowie das Interesse des *Geschädigten* auf raschen Rechtsschutz bei öffentlicher Ausgabe von Beteiligungspapieren in der Schweiz als wichtige Schutzinteressen angesehen. Auch die inländischen *Gläubiger* werden geschützt, wenn eine Gesellschaft zwar dem ausländischen Recht untersteht, die wirklichen Eigentümer oder die für die Gesellschaft handelnden Personen aber in der Schweiz oder von der Schweiz aus tätig sind und somit den Eindruck einer schweizerischen Gesellschaft erwecken (Art. 159 IPRG). Dies dient dem *Schutz vor Rechtsmissbrauch* und schützt den *Rechtsverkehr*.<sup>133</sup>

Weitere Beispiele für die in gewissen Fällen notwendige Beschränkung der inkorporationstheoriebedingten Parteiautonomie finden sich im Bankengesetz.<sup>134</sup> Zweck der Zweigniederlassungsregelung<sup>135</sup> im Bankengesetz ist es, «eine Umgehung der aufsichtsrechtlichen Ordnung über die Schweiz durch eine geschäftlich nicht gerechtfertigte Inkorporierung an einem ungenügend überwachten Ort zu verhindern. Wird die ausländische

Regulierungsbedürfnisse verfügt. Aufgrund der sich oftmals überschneidenden Regulierungsbedürfnisse verschiedener potentiell betroffener Rechtsordnungen führt dies m.E. jedoch zu Rechtsunsicherheit und ist deshalb nicht zufriedenstellend realisierbar.

<sup>131</sup> Dies wird im 2. Teil der vorliegenden Arbeit untersucht; s. S. 107–192.

<sup>132</sup> ZOBL/KRAMER, 14.

<sup>133</sup> Für die in diesem Absatz aufgeführten Beispiele, s. Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 438–445.

<sup>134</sup> SR 952.0.

<sup>135</sup> Art. 2 Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 ABV-FINMA.

Bank tatsächlich in der Schweiz geleitet oder wickelt sie ihre Geschäfte ausschliesslich oder überwiegend in oder von der Schweiz aus ab, so muss sie sich nach schweizerischem Recht organisieren und untersteht sie den Bestimmungen über die inländischen Banken.»<sup>136</sup> Im Bankenbereich wird somit, als Ausnahme von der Inkorporationstheorie, das *inländische* Recht zur Anwendung gebracht, wenn die Inkorporierung im Ausland «nicht gerechtfertigt» ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Beziehung zur Schweiz besonders eng ist.<sup>137</sup>

Die Idee der interessengerechten Anknüpfung prägt das Internationale Gesellschaftsrecht bereits seit mehr als hundert Jahren, wie folgendes Zitat von MEILI belegt: «Man darf nun nicht glauben, dass die staatsvertragliche Zusicherung der Gleichstellung [...] der Gesellschaften] die interne Gesetzgebung daran hindere, bestimmte Schranken und Cautelen gegen auswärtige Gesellschaften aufzustellen, wenn besondere Gründe gewerblicher oder rechtspolizeilicher Art vorliegen.»<sup>138</sup> Die Inkorporationstheorie ist notwendigerweise mit einer Einschränkung des Gründungsrechts durch zwingendes Sachrecht im Staat der Tätigkeit verbunden.<sup>139</sup>

### III. Möglichkeiten zur Einschränkung

Das IPRG kennt verschiedene kollisionsrechtliche Möglichkeiten, um trotz freier Bestimmung des Gesellschaftsstatuts durch die Gesellschaftsgründer die Interessen Dritter und der Allgemeinheit zu wahren.<sup>140</sup> Nachfolgend werden die kollisionsrechtlichen Möglichkeiten aufgezeigt, die im Gesellschaftsrecht im Ergebnis eine Abweichung von derjenigen Rechtsordnung ermöglichen, die sich aus einer Anknüpfung an den Inkorporationsort ergeben würde. Die Auflistung erfolgt der Vollständigkeit halber unab-

<sup>136</sup> BGE 130 II 351 E. 5.1 S. 362.

<sup>137</sup> MEIER, 207: Je mehr eine Gesellschaft in einen fremden Rechtsraum eindringt, umso berechtigter ist die Erwartung Dritter, die mit ihr in Kontakt treten, dass die sie betreffenden Rechtsverhältnisse sich nach dem ihnen bekannten Ortsrecht regeln.

<sup>138</sup> MEILI, 249.

<sup>139</sup> TEICHMANN, Gesellschaftsrecht, 443.

<sup>140</sup> Vgl. SCHNYDER, Trabrennbahn, 229: Für die sonderkollisionsrechtliche Behandlung einzelner Rechtsfragen komme der Allgemeine Teil des Internationalen Privatrechts in Frage, insbesondere die Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen.

hängig davon, ob eine Anknüpfung an den Inkorporationsort überhaupt in Frage steht, da in gewissen Situationen die gesellschaftsrechtliche Einordnung einer Frage strittig ist. Der Umfang des Gesellschaftsstatuts und damit die Frage der Anknüpfung an den Inkorporationsort lässt sich in der Tat nicht immer eindeutig beantworten. Untersuchungskriterium ist an dieser Stelle einzig, ob auf einen gesellschaftsrechtsnahen Sachverhalt ein anderes Recht zur Anwendung gebracht werden kann, als es sich aus einer Anknüpfung an den Inkorporationsort ergeben würde.

Alle nachfolgend aufgeführten Methoden weisen ein «Symptom» des Eingriffsrechts auf: Sie bringen ein anderes Recht zur Anwendung, als es sich in Anwendung der Inkorporationstheorie ergeben hätte. In diesen Situationen liegt jedoch keineswegs immer eine Eingriffsnorm vor, z.B. dann nicht, wenn die Anwendung eines vom Gesellschaftsstatut abweichenden Rechts aufgrund einer gesellschaftsrechtsfremden Qualifizierung der Rechtsfrage erfolgt.

## 1. Öffentliches Recht

Interessen der Allgemeinheit werden häufig durch spezielle Gesetze geschützt, die aufgrund ihrer Qualifikation als öffentlichrechtliche Vorschriften nicht vom IPRG berührt werden. Dies gilt etwa für das Strafrecht oder das Kartellrecht, die unabhängig vom IPRG auch auf ausländische Gesellschaften anwendbar sind.<sup>141</sup> Das IPRG findet nur auf *privatrechtliche* Sachverhalte Anwendung und ist insofern in seinem Geltungsbereich beschränkt. Normen, die ausschliesslich staats- und wirtschaftspolitischen Zielen dienen, werden durch privatkollisionsrechtliche Verweisungen grundsätzlich nicht erfasst.<sup>142</sup>

Die Anwendung der *öffentlichrechtlichen* Vorschriften auf internationale Sachverhalte erfolgt unabhängig vom gesamten Internationalen Privatrecht, und nicht unabhängig von einem verwiesenen Recht i.S.v.

<sup>141</sup> Siehe z.B. das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG), SR 211.412.41, welches als Beispiel eines öffentlichrechtlichen Gesetzes «von der Anknüpfung im Sinne dieses Entwurfs [eines IPRG-Gesetzes] unberührt bleibe» (Botschaft IPRG, BBl **1983** I 263, S. 440), was nahe legt, dass das BewG *per se* aufgrund des öffentlichrechtlichen Charakters anwendbar ist, weil es nicht zum Privatrecht gehört und somit nicht vom Verweis erfasst wird.

<sup>142</sup> SCHNYDER, FS Ansay, 397.

Art. 18 IPRG,<sup>143</sup> welches in diesen Situationen nicht existiert. Im Bereich des öffentlichen Rechts werden die Interessen der Allgemeinheit somit unabhängig von der (*in casu* irrelevanten) freien Bestimmung des Gesellschaftsstatuts durch die Gesellschaftsgründer gewahrt, da wegen der Einseitigkeit der Rechtsanwendung im öffentlichen Recht von inländischen Gerichten ohnehin das inländische Recht anzuwenden ist.<sup>144</sup>

Die Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht<sup>145</sup> lässt sich jedoch nicht immer klar durchführen, wie beispielsweise im Kapitalmarktrecht. Die Abgrenzung der privat- und öffentlichrechtlichen Bereiche kann in der Tat nicht *in abstracto* erfolgen. Viele rechtliche «Kategorien» und Bezeichnungen, wie etwa das Kapitalmarktrecht, das Arbeitsrecht oder die Corporate Governance stellen nicht auf die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht ab. So hat das Kapitalmarktrecht beispielsweise zum Ziel, allen Marktteilnehmern faire Wettbewerbsbedingungen zu garantieren, die Anleger zu schützen und die Effizienz des Marktes zu fördern.<sup>146</sup> Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Ziele sind hier durchmischt.<sup>147</sup> Es muss im Einzelfall entschieden werden, welchen Schutzzweck die Norm verfolgt, um festzustellen, ob es sich um privat- oder öffentlichrechtliche Vorschriften handelt. Eine klare Unterscheidung danach, ob die Vorschrift öffentlichrechtlicher oder

<sup>143</sup> Art. 13 IPRG, welcher die Anwendbarkeit einer Bestimmung nicht allein dadurch ausschliesst, dass ihr ein öffentlichrechtlicher Charakter zugeschrieben wird, bezieht sich ausdrücklich nur auf *ausländisches* öffentliches Recht und ist deshalb in Bezug auf inländische Vorschriften nicht zu beachten. *Ratio legis* von Art. 13 IPRG ist nicht der Verweis auf öffentliches Recht. Die Vorschrift beruht vielmehr auf der Erkenntnis, dass die Grenze zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht in anderen Rechtsordnungen gegebenenfalls anders gezogen wird und ein Ausschluss des öffentlichen Rechts u.U. zu einer Regelungslücke führen könnte.

<sup>144</sup> Vgl. aber BAMBERGER/ROTH-LORENZ, EGBGB Einl. IPR Rz. 49–50: Öffentlichrechtliche Vorschriften sind als Eingriffsnormen anzuwenden. Gem. der hier vertretenen Auffassung sind aber Vorschriften des öffentlichen Rechts ohnehin nicht vom internationalprivatrechtlichen Regelverweis erfasst, sodass ihre Anwendung nicht im Rahmen des Instituts der Eingriffsnorm, sondern aufgrund ihrer Eigenschaft als öffentliches Recht erfolgt.

<sup>145</sup> Siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 52 ff. Rz. 253 ff. für eine Übersicht der traditionellen Abgrenzungskriterien.

<sup>146</sup> MüKo Bd. 11–SCHNYDER, IntKapMarktR Rz. 13.

<sup>147</sup> Ähnlich KONDOROSY, 147: Der Emissionsprospekt, welcher vordergründig dem Anlegerschutz dient, trägt im Ergebnis zu einem effizienten Kapitalmarkt bei, so dass er auch öffentlichrechtliche Interessen schützt.



privatrechtlicher Natur ist, kann aber oft nicht getroffen werden, weil die Grenzen fließend und häufig auch zufällig sind.<sup>148</sup>

## 2. Gesellschaftsrechtsfremde Anknüpfung

Das Gesellschaftsstatut ist nicht absolut, also keine «Käseglocke»,<sup>149</sup> innerhalb derer für *alle* die Gesellschaft betreffenden Rechtsfragen das verwiesene Recht zur Anwendung gelangt. Der Anwendungsbereich des Gesellschaftsstatuts ist auf *gesellschaftsrechtliche* Aspekte beschränkt, d.h. auf das Gesellschaftsrecht im engeren Sinne. Wird ein Sachverhalt als nicht dem Gesellschaftsrecht zugehörig angesehen, bestimmt sich das anwendbare Recht unabhängig vom Inkorporationsort. Diese «Ausnahme» vom über den Inkorporationsort bestimmten Recht ist im Falle einer Anknüpfung ausserhalb des Gesellschaftsrechts aber gar keine Ausnahme: Der Anwendungsbereich des Gesellschaftsstatuts ist gar nicht erst eröffnet und damit die Relevanz des Inkorporationsortes nicht gegeben.<sup>150</sup>

Rechtsbereiche, die von vornherein einem anderen Anknüpfungsgegenstand als dem Inkorporationsort zuzuordnen sind, brauchen keine Sonderanknüpfung; sie sind aufgrund der für sie einschlägigen kollisionsrechtlichen Verweisungen anwendbar und stehen ausserhalb der Anknüpfungsprinzipien des Internationalen Gesellschaftsrechts.<sup>151</sup> Eine Rechtsfrage kann somit, trotz einer gewissen Nähe zum Gesellschaftsrecht, unabhängig vom Inkorporationsort der Gesellschaft über einen alternativen Anknüpfungspunkt einer anderen Rechtsordnung zugewiesen werden.<sup>152</sup> Bei einem auf diese Weise objektiv bestimmten Recht werden die Interessen Dritter oder der Allgemeinheit mitunter bereits im Anknüpfungspunkt berücksichtigt.<sup>153</sup> Die Zuordnung einer Rechtsfrage

<sup>148</sup> MüKo Bd. 10–MARTINY, Art. 9 Rom-I-VO Rz. 12.

<sup>149</sup> *Sic* MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR Rz. 378.

<sup>150</sup> GmbHG-Kommentar–BEHRENS, Allg. Einl. Rz. B 46, spricht von gesellschaftsrechtsnahen Normen ausserhalb des Gesellschaftsrechts, die aufgrund ihrer nicht gesellschaftsrechtlich orientierten Anknüpfungspunkte *unabhängig vom Gesellschaftsstatut* auf Gesellschaften Anwendung finden.

<sup>151</sup> SCHNYDER, FS Böckli, 576.

<sup>152</sup> Siehe etwa KINDLER, FS Jayme, 414, welcher die Anwendung der deutschen Durchgriffshaftung trotz ausländischem Gesellschaftsstatut bejaht, indem er das deutsche Recht als Deliktsstatut zur Anwendung bringt.

<sup>153</sup> KINDLER, FS Jayme, 410; siehe z.B. das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, welches nicht gesellschaftsrechtlich anzuknüpfen ist, sondern vom Grundsatz der

zu einer anderen Anknüpfungskategorie als dem Gesellschaftsstatut stellt somit eine Möglichkeit dar, den Anwendungsbereich der Inkorporationstheorie einzugrenzen und so die Interessen Dritter und der Allgemeinheit gegenüber der Freiheit der Gesellschaftsgründer zu schützen.<sup>154</sup>

Deutlich wird die Bedeutung der gesellschaftsrechtsfremden Anknüpfung im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht. Gesellschaftsstatut war aufgrund der Sitztheorie bisher grundsätzlich das am Verwaltungssitz geltende Recht, d.h. im Regelfall die Rechtsordnung des am stärksten betroffenen Staates.<sup>155</sup> Grundsätzlich wurde deshalb dem deutschen Gesellschaftsstatut in der Lehre ein weiterer Anwendungsbereich zugesprochen,<sup>156</sup> und eine Rechtsfrage im Zweifelsfall als gesellschaftsrechtlich qualifiziert, da dies zur Anwendung des deutschen Sitzrechts führte und somit dem Schutzbedürfnis des Inlandes entsprach.<sup>157</sup> Heute jedoch, wo die gesellschaftsrechtliche Qualifikation in Deutschland bei EU-Gesellschaften nicht mehr zur Anwendung des Verwaltungssitzrechts führt, sondern eine Rechtswahl zugunsten der Gesellschaftsgründer eröffnet,<sup>158</sup> werden in der deutschen Lehre gewisse Rechtsfragen, die vormals diskussionslos dem Gesellschaftsrecht zugerechnet wurden, einer anderen

Territorialität geprägt wird (Botschaft IPRG, BB I 1983 I 263, S. 448, 450; BEHRENS, Sonderanknüpfung, 404). Der Schutzzweck und die systematische Einordnung insolvenzrechtlicher Bestimmungen bedingen, dass nicht an den subjektiven Willen der Gesellschafter bezüglich des Inkorporationsortes angeknüpft wird. Für die Bestimmung des anwendbaren Rechts müssen vielmehr objektive Tatbestandsmerkmale relevant sein, wie etwa der Ort der Tätigkeit in der Schweiz, um eine effiziente Abwicklung von Insolvenzfällen an den Orten zu ermöglichen, an denen Haftungssubstrat gelegen ist. Ähnliche Überlegungen gelten für das Kartell- und Wettbewerbsrecht; s. dazu HOMBURGER, Art. 1 KG Rz. 30.

<sup>154</sup> KINDLER, FS Jayme, 418.

<sup>155</sup> Siehe 1. auf S. 24.

<sup>156</sup> MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR Rz. 606.

<sup>157</sup> In der Lehre wurde die weite gesellschaftsrechtliche Qualifikation mit dem Argument der «Einheitlichkeit des anwendbaren Rechts» begründet. I.d.R. entstammte der Rechtsordnung des Verwaltungssitzes zugleich auch das angrenzende Zivil- und Insolvenzrecht, da Anknüpfungsgrundsätze wie etwa das insolvenzrechtliche Territorialitätsprinzip auf dieselbe Rechtsordnung verwiesen, wie sie auch über die Sitztheorie bestimmt wurde. Siehe dazu KROPHOLLER, 571, und MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR Rz. 606.

<sup>158</sup> Siehe 2. auf S. 8.

internationalprivatrechtlichen Kategorie zugeordnet.<sup>159</sup> Beispielhaft seien die «Verfrachtung» des Eigenkapitalersatzrechts vom Gesellschaftsstatut zum Insolvenzrecht<sup>160</sup> sowie die situative Umqualifizierung gläubigerschützender Vorschriften<sup>161</sup> erwähnt.

Vorliegend interessiert die Frage, welche gesellschaftsrechtsnahen Rechtsfragen ausserhalb des Gesellschaftsrechts liegen und somit nicht über die Inkorporationstheorie angeknüpft werden.<sup>162</sup> In diesen Rechtsbereichen erübrigt sich aufgrund der objektivierten Anknüpfung grundsätzlich der Einsatz von Eingriffsnormen.

### **A) Abgrenzung gesellschaftsrechtsnaher Rechtsgebiete**

Das Gesellschaftsrecht findet seine Grenzen dort, wo andere internationalprivatrechtliche Kategorien beginnen.<sup>163</sup> Ob eine Vorschrift gesellschafts-, delikts-, kapitalmarkt- oder insolvenzrechtlich einzuordnen ist, definiert sich autonom aufgrund der Zielsetzung des Gesetzes.<sup>164</sup>

Die gesellschaftsrechtliche Generalklausel des Art. 154 IPRG wird durch die Aufzählung des Art. 155 IPRG konkretisiert. Art. 155 IPRG zählt die «positiven Kandidaten» auf,<sup>165</sup> auf welche das Gesellschaftsstatut zur Anwendung kommen soll. Die Sonderanknüpfungen der Art. 156 ff.

<sup>159</sup> EGO, 172; TERSTEEGEN, 203; BEHRENS, Sonderanknüpfung, 422; UNGAN, 372; s.a. BALTHASAR, 225 f., der den Gesellschaftsgläubiger- und Minderheitenschutz zum Delikts- bzw. Insolvenzrecht zählt.

<sup>160</sup> Vgl. die verschiedenen Meinungen bei PELLENS/KEMPER/SCHMIDT, 395 f.; BORK, 251, 268; ZIMMER, Gestaltungsfreiheit, 3589 f., und FLEISCHER/SCHMOLKE, 239.

<sup>161</sup> EGO, 173; EIDENMÜLLER–EIDENMÜLLER, § 3 Rz. 72.

<sup>162</sup> Der Ort der Inkorporation hat beispielsweise im Kapitalmarktrecht keinen kollisionsrechtlich relevanten Einfluss. Vgl. EBK, Verf. v. 30.09.1999 i.S. LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton, Paris & TAG Heuer International SA, Luxemburg, SZW 2000, 69–84, E. 3.a: «Eine Anknüpfung an die im Internationalen Privatrecht geltende Inkorporationstheorie (Art. 154 IPRG) wäre im vorliegenden Fall eine zu enge Sichtweise. Die Kriterien des Internationalen Privatrechts, die dazu dienen, die Zuständigkeit für Streitigkeiten und das auf das Unternehmen anwendbare Recht zu bestimmen, sind für das Aufsichtsrecht höchstens indirekt von Bedeutung.» Siehe auch GmbHG-Kommentar–BEHRENS, Allg. Einl. Rz. B 62: «Wer Kapitalmarktrecht als Eingriffsrecht bezeichnet, setzt voraus, dass im Kapitalmarktrecht prinzipiell das jeweilige Gesellschaftsstatut anwendbar wäre, was nicht ernsthaft behauptet werden kann.»

<sup>163</sup> ALTMEPPEN, 100 ff.

<sup>164</sup> BSK IPRG–VON PLANTA/EBERHARD, vor Art. 150–156.

<sup>165</sup> KRAMER, 54.

hingegen beschreiben die «negativen Kandidaten», für welche das Gesellschaftsstatut nicht oder nicht allein zur Anwendung kommt. Dazwischen gibt es einen Graubereich von Normen, bei denen nicht klar ist, ob sie zu den positiven oder den negativen Kandidaten gehören, bzw. ob eine definitive Zuordnung zum Gesellschaftsstatut oder einer anderen internationalprivatrechtlichen Kategorie überhaupt möglich ist.

## B) Qualifizierung als Opportunitätsfrage

Der Qualifizierungsprozess, d.h. die Zuordnung einer Rechtsfrage zu einem Anknüpfungsgegenstand, ist eine Opportunitätsfrage. Das Bundesgericht beispielsweise stellt bei deliktsrechtlicher und vertraglicher Anspruchskonkurrenz auf die für den Gläubiger wegen der längeren Verjährungsfrist *vorteilhaftere vertragliche* Anspruchsgrundlage ab.<sup>166</sup> Das erwünschte Ergebnis hat somit einen Einfluss auf die Anknüpfung. Im erwähnten Bundesgerichtsentscheid ist es der Vorteil für den Gläubiger, der die Qualifikation bestimmt. Die internationalprivatrechtliche Einordnung und das dazugehörige Anknüpfungskriterium werden so gewählt, dass das Ziel der jeweiligen materiellen Norm, wie beispielsweise die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts oder der Individualschutz, bestmöglich erreicht wird.<sup>167</sup>

Die Erkenntnis, dass die Umqualifizierung einer Rechtsfrage eine Möglichkeit zur Einschränkung der Inkorporationstheorie darstellt, ist für die Suche nach Eingriffsnormen stets vor Augen zu behalten, da gemäss der hier vertretenen Auffassung der «besondere Zweck» einer potentiellen Eingriffsnorm ihre zwingende Anwendung nicht mehr begründen kann, wenn dieser Zweck – etwa mittels der gesellschaftsrechtsfremden Qualifizierung eines Sachverhalts – bereits erfüllt ist.<sup>168</sup>

<sup>166</sup> BGE 99 II 315 E. 5.b S. 323.

<sup>167</sup> SCHNYDER/BOPP, 396; vgl. KINDLER, Ortsstatut, 75: Die Formvorschrift der notariellen Beurkundung für die Abtretung von GmbH-Anteilen (§ 15 Abs. 3 des deutschen GmbHG) bezweckt, die Handelbarkeit der GmbH-Anteile einzuschränken, und ist deshalb als materielle Vorschrift des Gesellschaftsrechts (und nicht als Formvorschrift) zu qualifizieren, damit sie nicht über das Ortsstatut umgangen werden kann.

<sup>168</sup> Siehe dazu c) auf S. 70.

### 3. Ausnahmeklausel

#### A) Adäquanz des Sachverhaltsbezugs als Ziel der Ausnahmeklausel

Gemäss Art. 15 IPRG ist das Recht, auf welches das Internationale Privatrecht verweist, «ausnahmsweise nicht anwendbar, wenn nach den gesamten Umständen offensichtlich ist, dass der Sachverhalt mit diesem Recht in nur geringem, mit einem anderen Recht jedoch in viel engerem Zusammenhang steht».

Art. 15 IPRG bezweckt die Flexibilisierung der Regelverweise durch kollisionsrechtlich angemessene Ergebnisse im Einzelfall.<sup>169</sup> Als Gründe für die Anwendung der Ausnahmeklausel kommen gem. den Materialien insbesondere berechnete Erwartungen der Parteien, ein viel engerer Zusammenhang eines Sachverhalts mit einer anderen Rechtsordnung, die Rechtsfortbildung sowie die Vermeidung eines widersprüchlichen Ergebnisses in Betracht.<sup>170</sup>

#### B) Ausschluss der Ausnahmeklausel

Art. 15 Abs. 2 IPRG verbietet die Anwendung der Ausnahmeklausel bei Vorliegen einer Rechtswahl. Da die Inkorporationstheorie gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung *de facto* zu einer Rechtswahl führt, kann die Ausnahmeklausel im Internationalen Gesellschaftsrecht nicht greifen.<sup>171</sup>

Der Inkorporationsort einer Gesellschaft wird in internationalen Fällen oftmals aus reinen Opportunitätsüberlegungen gewählt,<sup>172</sup> was schon bei Erlass des IPRG und dem Entscheid des Gesetzgebers für die Inkorporationstheorie bekannt war. Dieser Entscheid für die Wahlfreiheit der Gesellschaftsgründer wird in der h.L. als Verzicht auf das Kriterium des engsten Zusammenhangs zwischen Sachverhalt und verwiesener Rechtsordnung angesehen.<sup>173</sup>

<sup>169</sup> DASSER, Haftungsdurchgriff, Rz. 18.

<sup>170</sup> Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 310. Vom Rechtsmissbrauchsverbot unterscheidet sich die Ausnahmeklausel dadurch, dass nicht materielle Interessen, sondern primär kollisionsrechtliche Interessen berücksichtigt werden.

<sup>171</sup> BGE 128 III 346 E. 3.1.5 S. 351; 117 II 494 E. 7 S. 501.

<sup>172</sup> In Frage kommen etwa Steueroptimierung oder andere Standortvorteile.

<sup>173</sup> BSK IPRG–VON PLANTA/EBERHARD, Art. 154 N 19: Der Ersatz des gewählten Rechts durch eine Rechtsordnung mit «engerem» Sachverhaltsbezug sei nicht

Im Internationalen Gesellschaftsrecht wird die Rechtswahl allerdings *einseitig* durch die Gesellschaftsgründer vorgenommen, ohne Mitwirkung Dritter. Die gesellschaftsrechtliche Rechtswahl ist zudem nicht jederzeit änderbar.<sup>174</sup> Des Weiteren ist eine Gesellschaft i.d.R. auf Dauer ausgelegt, was der «Rechtswahl» im Gesellschaftsrecht ein umso bedeutenderes Gewicht verleiht und den Ausschluss der Ausnahmeklausel unter diesen Umständen als fragwürdig erscheinen lässt.<sup>175</sup>

Die Rechtswahl im Gesellschaftsrecht erfolgt aber nur *de iure* einseitig. Mit ihrer Entscheidung, überhaupt mit einer Gesellschaft in Kontakt zu treten, akzeptieren Dritte das anwendbare Recht zumindest insoweit, als es den Umständen nach (Firma, Geschäftsauftritt) erkennbar war.<sup>176</sup> Aus diesem Grund ist der Argumentation des Bundesgerichts zu folgen, dass die Ausnahmeklausel im Gesellschaftsrecht nicht zum Tragen kommen kann. Dass sich Dritte, die unfreiwillig mit einer Gesellschaft in Kontakt treten, wie dies etwa auf Deliktsgläubiger zutrifft, die Rechtswahl der Gesellschaftsgründer entgegenhalten lassen müssen, gehört zu den Eigenheiten des Deliktsrechts. Kein Deliktsgläubiger kann sich seinen Schuldner aussuchen, und es gibt keine Gründe, im Gesellschaftsrecht von diesem Grundsatz abzuweichen.

Der Ausschluss der Ausnahmeklausel im Gesellschaftsrecht ist aus einem weiteren Grund zu bejahen: Ihre Funktion kann nämlich mit weit geringeren Nebenwirkungen durch das Institut der Eingriffsnorm ersetzt werden. Bei einer Anwendung der Ausnahmeklausel bestünde die Gefahr, dass eine Rechtsordnung als «dem Sachverhalt näherstehend» angesehen würde, deren zwingende Vorschriften die Gesellschaft nicht erfüllt. Dies würde u.U. zur Auflösung der Gesellschaft führen und zum Nachteil derer gereichen, die hätten geschützt werden sollen, z.B. wenn sie als

möglich, weil bereits im Regelverweis nicht auf die Sachverhaltsnähe abgestellt werde und somit auch keine Kriterien für die Bestimmung eines «näherstehenden» Rechts existierten. Wie in Ziff. 1. auf S. 28 dargelegt wird vorliegend jedoch die Ansicht vertreten, dass auch die Inkorporationstheorie das dem Sachverhalt am nächsten stehende Recht zur Anwendung bringt.

<sup>174</sup> Eine Rechtsänderung würde eine Sitzverschiebung voraussetzen, die nicht in allen Rechtsordnungen vorgesehen ist.

<sup>175</sup> Ähnlich DASSER, Haftungsdurchgriff, Rz. 19 ff., insbes. Rz. 21.

<sup>176</sup> Ist das ausländische Gesellschaftsstatut nicht erkennbar, greifen andere Schutzmechanismen, wie z.B. die Sonderanknüpfung des Art. 159 IPRG; s. b) auf S. 123 und 2. auf S. 149.

Gläubiger plötzlich einer nicht mehr existierenden Person «gegenüberstehen». Mit dem Institut der Eingriffsnorm kann hingegen punktuell von der Anwendung des über die Inkorporationstheorie verwiesenen Rechts abgesehen werden, ohne dass notwendigerweise die Existenz der Gesellschaft in Frage gestellt würde. Die Ausnahmeklausel stellt deshalb kein geeignetes Mittel für den Schutz von Dritt- und Allgemeininteressen im Gesellschaftsrecht dar.

#### 4. Ersatzweise Anwendung schweizerischen Rechts

Art. 16 Abs. 2 IPRG ermöglicht die ersatzweise Anwendung des schweizerischen Rechts, wenn der Inhalt des ausländischen Rechts nicht feststellbar ist. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine materielle Anpassung der Auswirkungen der Inkorporationstheorie, sondern um eine Frage prozessualer Natur, welche somit nicht für die vorliegende Fragestellung der materiellen Berücksichtigung von Sonderinteressen geeignet ist.

#### 5. Vorbehaltsklausel (negativer *Ordre public*)

Ist das Ergebnis der Beurteilung einer Rechtsfrage nach dem verwiesenen ausländischen Recht ermittelt und verletzt dieses Ergebnis das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise, so ermöglicht es Art. 17 IPRG, von der Anwendung des ausländischen Rechts abzusehen.<sup>177</sup> Art. 17 IPRG wird als *Vorbehaltsklausel* bzw. *Vorbehalt des (negativen) Ordre public* bezeichnet und ermöglicht *prima facie* eine Korrektur der unerwünschten Auswirkungen der Inkorporationstheorie.<sup>178</sup>

Die Einsatzmöglichkeiten der Vorbehaltsklausel im Gesellschaftsrecht sind jedoch sehr begrenzt. Das Anwendungsergebnis des ausländischen Rechts muss in «eklatantem Widerspruch» zu den materiellen inländischen Wert- und Gerechtigkeitsvorstellungen stehen,<sup>179</sup> um ein Eingreifen der Vorbehaltsklausel zu rechtfertigen. Dies ist im Gesellschaftsrecht nicht leichtfertig anzunehmen:<sup>180</sup> Die starke Verankerung der Schweiz in Europa und die intensive Verflechtung der Wirtschaft mit dem Ausland haben

<sup>177</sup> BGE 128 III 346 E. 3.1.4 S. 350; 128 III 201 E. 1.b S. 204.

<sup>178</sup> BSK IPRG–VON PLANTA/EBERHARD, Art. 154 N 17.

<sup>179</sup> BGE 128 III 201 E. 1.b S. 204.

<sup>180</sup> ZK–VISCHER, Art. 17 IPRG N 4.

zu einer Angleichung der verschiedenen Gesellschaftsrechtsordnungen geführt.

Ausländische Gesellschaftsrechtsordnungen sehen zwar u.U. Vorschriften vor, die vom schweizerischen Recht abweichen. Andersartige Vorschriften sind aber nicht grundsätzlich mit den inländischen Gerechtigkeitsvorstellungen unvereinbar.<sup>181</sup> Das IPRG nimmt bewusst von der schweizerischen Rechtsordnung abweichende Lösungen in Kauf.<sup>182</sup> Die Anwendung der Vorbehaltsklausel im Internationalen Gesellschaftsrecht wurde in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezeichnenderweise denn auch nur als theoretische Möglichkeit erwähnt,<sup>183</sup> in der gesellschaftsrechtlichen Praxis bisher aber soweit ersichtlich nicht eingesetzt. Zudem wird über die Vorbehaltsklausel nicht automatisch das eigene, inländische Recht zur Anwendung gebracht,<sup>184</sup> sondern vielmehr nur die Anwendung des ausländischen Rechts im Einzelfall vermieden,<sup>185</sup> sodass es sich nicht um ein geeignetes Instrument für die Durchsetzung inländischer Schutzinteressen handelt.

Im Ergebnis stellt die Vorbehaltsklausel aufgrund der hohen Eingriffsschwelle *de facto* keine Möglichkeit zur Korrektur der gesellschaftsrechtlichen Kollisionsnormen bzw. für die Berücksichtigung von Dritt- und Allgemeininteressen dar.<sup>186</sup> Etwaige Anpassungen der Inkorporationstheorie müssen somit über andere Instrumente erfolgen.

## 6. Verbot des Rechtsmissbrauchs und der Gesetzesumgehung

Die Inkorporationstheorie birgt die Gefahr, dass die Gesellschaftsgründer das anwendbare Recht so wählen, dass gewisse nachteilige materielle Regelungen nicht zur Anwendung gelangen und somit Gesetze umgangen werden. In seiner früheren Rechtsprechung vor Inkrafttreten des

<sup>181</sup> Vgl. LANZIUS, 118, 131: Die Gesellschaftsrechte der verschiedenen Staaten beruhen auf denselben Grundprinzipien und sind – trotz Abweichungen – grundsätzlich austauschbar.

<sup>182</sup> ZK-VISCHER, Art. 17 IPRG N 4.

<sup>183</sup> BGE 128 III 346 E. 3.1.4 S. 350; 117 II 494 E. 7 S. 501.

<sup>184</sup> SCHNYDER/LIATOWITSCH, Rz. 268.

<sup>185</sup> SCHNYDER/LIATOWITSCH, Rz. 263; EIDENMÜLLER-EIDENMÜLLER, § 3 Rz. 121.

<sup>186</sup> Vgl. GmbHG-Kommentar-BEHRENS, Allg. Einl. Rz. B 154, der den Einsatz der Vorbehaltsklausel im Gesellschaftsrecht zwar nicht ausschliesst, aber auf die notwendigerweise sehr restriktiven Anwendungsbedingungen hinweist.



IPRG hatte das Bundesgericht derartige Situationen als missbräuchlich angesehen und die Anwendung der am Inkorporationsort geltenden Rechtsordnung bei «fiktivem» Gesellschaftssitz verneint.<sup>187</sup>

Seit Inkrafttreten des IPRG wird nicht mehr ein objektiv bestimmbarer Bezug der Gesellschaft zu ihrem statutarischem Sitz verlangt. Das Ausnutzen dieser im Internationalen Gesellschaftsrecht gewährten Freiheiten wird nicht als Missbrauch angesehen,<sup>188</sup> insbesondere auch weil sich ein Missbrauch der Inkorporationstheorie aufgrund des Verzichts auf einen objektiv messbaren Sachverhaltsbezug gar nicht messen liesse und nur schwer nachzuweisen wäre. Vor allem aber sollen die Parteien bei der Ausübung ihrer Parteiautonomie nicht dadurch verunsichert werden, dass entgegen ihrer Übereinkunft eine andere Rechtsordnung angewendet wird.<sup>189</sup> Der Fiktionsvorbehalt stellt deshalb keine Möglichkeit zur Einschränkung der Inkorporationstheorie dar.<sup>190</sup>

## 7. Sonderanknüpfungen

Unter Sonderanknüpfungen werden Anknüpfungen verstanden, die von einem traditionellen Anknüpfungsmoment abweichen. Sonderanknüpfun-

<sup>187</sup> BGE 76 I 150 E. 3 S. 159; sog. *Vorbehalt des fiktiven Gesellschaftssitzes* oder *Fiktionsvorbehalt*.

<sup>188</sup> BGE 117 II 494 E. 5.b S. 501; s. bereits 110 Ib 213 E. 1.b S. 217; vgl. für das Europarecht EuGH, Urt. v. 30.09.2003 (Rs. C-167/01) – *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rz. 136.

<sup>189</sup> Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 311.

<sup>190</sup> Als Lösung bietet sich das Institut der Eingriffsnorm an: Gesetzesumgehung kann heute über das als Eingriffsnorm qualifizierte Rechtsmissbrauchsverbot (BGE 128 III 201 E. 1.c S. 206 f.) sanktioniert werden; vgl. das mittlerweile zwar überholte, aber dennoch aussagekräftige Beispiel der Familienfideikommisse, wo das Institut der Eingriffsnorm zeitweise die Rolle des Fiktionsvorbehalts übernommen hatte (Botschaft TrustÜ, BBl 2006 551, S. 564): «Seit Inkrafttreten des IPRG besteht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 117 II 494 ff.) der Vorbehalt der missbräuchlichen Umgehung (fraus legis-Vorbehalt) in Zusammenhang mit der Anknüpfung an den Inkorporationsort nicht mehr. Artikel 335 ZGB kann daher bei ausländischem Recht unterstehenden Rechtsgebilden nur noch als zwingend anwendbares Recht (loi d'application immédiate) im Sinne von Artikel 18 IPRG eine Rolle spielen.» Siehe jedoch BGE 135 III 614 E. 4.3.3 S. 622, wo die Qualifizierung des Art. 335 ZGB als Eingriffsrecht verneint wird.

gen können sowohl im Gesetz vorgesehen sein als auch durch den Richter bestimmt werden.<sup>191</sup>

### A) Gesetzliche Sonderanknüpfungen

Das Gesellschaftsstatut regelt nicht alle gesellschaftsrechtlichen Fragen. Bereits in Art. 155 IPRG, welcher den Umfang des auf die Gesellschaft anwendbaren Rechts umschreibt, bleiben die Sonderanknüpfungen der Art. 156–161 IPRG vorbehalten.

Durch Sonderanknüpfungen,<sup>192</sup> d.h. Ausnahmen vom Regelverweis, werden Bereiche von der Regelanknüpfung (*in casu* an das Inkorporationsstatut) ausgenommen, in denen Gemeininteressen besonders betroffen sind. Das IPRG sieht im Gesellschaftsrecht Sonderanknüpfungen für Ansprüche aus öffentlicher Ausgabe von Beteiligungspapieren und Anleihen (Art. 156 IPRG), den Namens- und Firmenschutz (Art. 157 IPRG), die Beschränkung der Vertretungsbefugnis (Art. 158 IPRG), die Haftung für ausländische Gesellschaften (Art. 159 IPRG), das anwendbare Recht auf Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften in der Schweiz (Art. 160 IPRG) sowie für Verlegung, Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung (Art. 161 ff. IPRG) vor. All diese Bereiche werden *unabhängig* vom Gesellschaftsstatut gesondert angeknüpft. Bei diesen Sonderanknüpfungen wird für eine präzise Frage eine adäquatere, «bessere» Antwort gesucht.<sup>193</sup> Es handelt sich um Korrektive zur Inkorporationstheorie.<sup>194</sup>

Art. 158 IPRG stellt ein Beispiel für eine gesetzliche Sonderanknüpfung dar. Die Anknüpfung der Vertretungsbefugnis an das Gesellschaftssta-

<sup>191</sup> In der Lehre wird vereinzelt zwischen «Sonderanknüpfungen» und «gesonderten Anknüpfungen» unterschieden (so z.B. HABERMEIER, 110). Diese Differenzierung wird vorliegend nicht übernommen. Die Abgrenzung zwischen «an politischer Macht orientierten Sonderanknüpfungen» und «anderen» gesonderten Anknüpfungen ist nicht klar zu ziehen und führt zu erheblicher Unsicherheit, ohne dass dabei Vorteile ersichtlich wären; vgl. HABERMEIER, 114 ff.: Kündigungsschutzvorschriften zugunsten normaler Arbeitnehmer seien rein privatrechtliche Schutzvorschriften mit gegebenenfalls *gesonderter Anknüpfung*, Kündigungsschutzvorschriften zum Schutz der Mütter hingegen sozialpolitisch motivierte *Sonderanknüpfungen*.

<sup>192</sup> Vgl. die Marginalie zu Art. 156 IPRG.

<sup>193</sup> SCHWANDER, Lois, 323.

<sup>194</sup> BSK IPRG–VON PLANTA/EBERHARD, vor Art. 150–156 N 4.

tut<sup>195</sup> kann zu Problemen führen, wenn sie durch den Gesellschaftszweck<sup>196</sup> auf eine Weise beschränkt wird, die dem inländischen Recht fremd ist. Derartige Beschränkungen der Vertretungsbefugnis würden das Vertrauen in den Rechtsverkehr beeinträchtigen. Art. 158 IPRG schränkt deshalb die Geltung des Gesellschaftsstatuts, welches grundsätzlich den Umfang des Vertretungsrechts bestimmt, zugunsten des Verkehrsschutzes ein.<sup>197</sup> Der gutgläubige Dritte wird im Vertrauen auf das ihm am nächsten stehende Recht («Umweltrecht») geschützt. Die Sonderanknüpfung untersagt es einer Gesellschaft, sich auf die fehlende Vertretungsbefugnis zu berufen, wenn ein Dritter von der Anwendbarkeit seines Heimatrechts ausgehen durfte.

Die Sonderanknüpfung des Art. 158 IPRG verhindert das Auftreten einer Lücke im Schutz des Rechtsverkehrs. Entweder sind Vertragspartner der Gesellschaft über ihre rechtliche Situation im Bilde und somit nicht schutzwürdig; oder aber sie durften darauf vertrauen, dass ein Rechtsgeschäft von einem Organ oder einem sonstigen Vertreter gültig abgeschlossen wurde, und werden in diesem guten Glauben durch Art. 158 IPRG und den entsprechenden Verweis auf das schweizerische Recht geschützt. Eine Anwendung der schweizerischen Vorschriften über die Vertretungsbefugnis als Eingriffsnorm erübrigt sich somit.

Sonderanknüpfungen stellen eine passende Antwort für die Berücksichtigung von Schutzinteressen Dritter und der Allgemeinheit dar. Als geschriebene Ausnahmen zu einer Regel sind sie zudem keine Gefahr für die Rechtssicherheit und -vorhersehbarkeit. Eine detaillierte Auflistung aller möglicherweise notwendigen Sonderanknüpfungen würde jedoch den Umfang eines Gesetzes sprengen und wäre nicht zu gebrauchen, da die Regelanknüpfung vor lauter Ausnahmen keinen Sinn mehr ergäbe. Gesetzliche Sonderanknüpfungen können deshalb nur in sehr beschränktem Masse die Interessen Dritter oder der Allgemeinheit berücksichtigen.

<sup>195</sup> Grundsätzlich untersteht die Frage der Vertretungsbefugnis, d.h. der Kreis der vertretungsberechtigten Personen sowie der Umfang ihres Vertretungsrechts, dem Gesellschaftsstatut. Art. 154 IPRG verweist auf das Recht des Staates, nach dessen Vorschriften die Gesellschaft organisiert ist.

<sup>196</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rz. 497.

<sup>197</sup> ZK-VISCHER, Art. 158 IPRG N 1.

## B) Richterrechtliche Sonderanknüpfungen

Art. 1 ZGB sieht u.a. vor, dass ein Gericht im Falle einer Rechtslücke nach der Regel entscheiden soll, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. Dieser Grundsatz gilt im gesamten Privatrecht<sup>198</sup> und somit auch im Internationalen Privatrecht und könnte eine Möglichkeit darstellen, die Auswirkungen der Inkorporationstheorie im Bedarfsfall anzupassen, indem z.B. eine Schutzlücke im Gläubigerschutz als Gesetzeslücke angesehen wird.

Echte Lücken<sup>199</sup> sind aber im Internationalen Gesellschaftsrecht der Schweiz kaum denkbar.<sup>200</sup> Aufgrund der weiten Formulierung der Art. 154 und 155 IPRG und des erklärten Willens des Gesetzgebers, dem Gesellschaftsstatut einen möglichst weiten Anwendungsbereich einzuräumen,<sup>201</sup> gilt im Zweifelsfall immer die gesellschaftsrechtliche Anknüpfung.

Art. 1 ZGB wird im Internationalen Privatrecht durch Art. 15 IPRG konkretisiert<sup>202</sup> und ist dementsprechend in Bezug auf Situationen, in denen dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende zu entnehmen ist (sog. unechte Gesetzeslücke),<sup>203</sup> stets in Verbindung mit Art. 15 IPRG auszulegen. Art. 15 Abs. 2 IPRG schliesst aber eine Anpassung des Regelverweises bei Vorliegen einer Rechtswahl, wie dies im Internationalen Gesellschaftsrecht der Fall ist, aus,<sup>204</sup> so dass auch Art. 1 ZGB bei unechten Lücken im Gesellschaftsrecht keine Anwendung finden kann.<sup>205</sup>

<sup>198</sup> BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 8.

<sup>199</sup> BGE 90 I 137 E. 3 S. 141: Echte Lücken sind durch das Gesetz nicht beantwortete, sich unvermeidlicherweise stellende Rechtsfragen.

<sup>200</sup> ZK-KELLER/GIRSBERGER, Art. 15 IPRG N 99.

<sup>201</sup> Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 441.

<sup>202</sup> Vgl. Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 310 *in fine*; ZK-VISCHER, Art. 15 IPRG N 6.

<sup>203</sup> Vgl. BGE 121 III 219 E. 1.d.aa S. 226; 124 V 271 E. 2.a S. 275: Unechte Lücken liegen vor, wenn im Gesetz zu einer bestimmten Rechtsfrage zwar eine Norm vorhanden ist, diese jedoch zu einem unbefriedigenden Ergebnis führt, z.B. weil aufgrund des zu weiten Wortlauts einer Norm erforderliche Ausnahmen nicht vorgesehen sind.

<sup>204</sup> Siehe B) auf S. 43.

<sup>205</sup> Allenfalls wäre eine Anwendung der Ausnahmeklausel im Bereich der Sonderanknüpfungen denkbar, wo den Gesellschaftsgründern keine Rechtswahl gelassen wird. Ob allerdings in diesen Konstellationen, wo der Gesetzgeber bereits eine besondere Ausnahmeklausel vorgesehen hat, ein noch engerer Sachverhaltsbezug überhaupt gefunden werden kann, ist fraglich; besondere Ausnahmeklauseln haben

Im Ergebnis stellt Art. 1 ZGB im Internationalen Gesellschaftsrecht somit keine Möglichkeit zur Korrektur von Kollisionsnormen dar. Richterrechtliche Sonderanknüpfungen sind gemäss der hier vertretenen Ansicht allenfalls im Rahmen von Art. 18 IPRG als Eingriffsnormen denkbar.<sup>206</sup>

## 8. Eingriffsnormen

Es gibt Wertvorstellungen und Normen, auf deren Anwendung ein Staat nicht verzichten kann. Dazu gehören Vorschriften, die den wesentlichen Interessen der Gesellschaftsordnung, der politischen oder der wirtschaftlichen Ordnung Rechnung tragen.<sup>207</sup> Die Durchsetzung derartiger Normen erfolgt in internationalen Sachverhalten über das Instrument der *Eingriffsnorm*. Es handelt sich um *international zwingende* Vorschriften, d.h. um Bestimmungen, die aufgrund ihres besonderen Zwecks, unabhängig von dem durch das IPRG bezeichneten Recht, zwingend anzuwenden sind (Art. 18 IPRG).<sup>208</sup>

### A) Terminologie

Im deutschsprachigen Raum haben sich verschiedene Ausdrücke für inländische international zwingende Bestimmungen eingebürgert.<sup>209</sup> Gebräuch-

den Vorrang vor allgemeinen; vgl. BSK IPRG–MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 15 N 14 und 20: «Gegen die Annahme einer eigentlichen unechten Lücke spricht jedoch, dass der Gesetzgeber bereits selbst ausdrücklich eine Ausnahmelösung eröffnet hat, nämlich eine allgemeine Verweisung auf eine Rechtsordnung, zu welcher ein viel engerer Zusammenhang besteht.»

<sup>206</sup> In der Tat können Eingriffsnormen auch als Sonderanknüpfungen bezeichnet werden (s. z.B. BGE, Urt. v. 01.10.2009 (4A\_106/2009), E. 6.6.1; s.a. SCHNYDER, FS Ansay; SCHWANDER, Lois, 248–250, 448; MüKo Bd. 10 (4. Aufl.)–MARTINY, Art. 34 EGBGB Rz. 34; KIERSTEIN, 96). Die gesonderte Anknüpfung besteht darin, dass ein anderes Recht zur Anwendung gebracht wird, als es der Regelverweis bestimmen würde.

<sup>207</sup> BGE 128 III 201 E. 1.b S. 204 ff.

<sup>208</sup> Aufgrund der Beschränkung der vorliegenden Arbeit auf *inländische* Eingriffsnormen wird nur sporadisch auf Art. 19 IPRG (ausländische, drittstaatliche Eingriffsnormen) eingegangen.

<sup>209</sup> Für eine Auflistung gebräuchlicher Begriffe s. SCHWANDER, IPR-AT, Rz. 515; SIEHR, FS Drobniig, 447 f.; TIEMANN, 8; VOSER, 147; ZEPPENFELD, 22.

lich sind die Begriffe *Eingriffsnorm*,<sup>210</sup> *loi d'application immédiate*,<sup>211</sup> *positiver Ordre public*<sup>212</sup> und *Polizeigesetz*<sup>213</sup> bzw. *loi de police*.<sup>214</sup> Gelegentlich wird auch der Ausdruck *Exklusivnorm* verwendet,<sup>215</sup> früher auch der Begriff *Prohibitivgesetz*.<sup>216</sup> Des Weiteren trifft man auf die Ausdrücke *ordnungsrelevante Norm* oder *Schutz-des-Schwächeren-Norm*.<sup>217</sup>

Im IPRG haben international zwingende Vorschriften keine spezielle Bezeichnung; sie werden durch Art. 18 IPRG lediglich umschrieben. In der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung ist neben der Bezeichnung *Eingriffsnorm* vor allem der deskriptive Begriff *loi d'application immédiate* geläufig.<sup>218</sup> Dennoch dominiert in der jüngeren Lehre die NEUMEYER<sup>219</sup> zugeschriebene Bezeichnung *Eingriffsnorm*,<sup>220</sup> welche sich in der deutschen Lehre<sup>221</sup> und der europäischen Gesetzgebung<sup>222</sup> als Überbegriff für in- und ausländische international zwingende Bestimmungen durchsetzen konnte.<sup>223</sup>

<sup>210</sup> SCHNYDER/LIATOWITSCH, 77.

<sup>211</sup> BGE 128 III 201 E. 1.b S. 205; 125 III 443 E. 3.d S. 447; VOSER, Lois, *passim*. Der Ausdruck «loi d'application immédiate» geht auf FRANCESCAKIS, Renvoi, 13 zurück. In Frankreich werden damit interne Bestimmungen bezeichnet, welche zum internationalen Ordre public gehören und ohne kollisionsrechtlichen Verweis «d'application immédiate» sind, d.h. direkt angewendet werden.

<sup>212</sup> BGE 128 III 346 E. 3.1.4 S. 350.

<sup>213</sup> BGE 108 Ib 286 E. 3.a S. 294.

<sup>214</sup> BGE 132 III 389 E. 3.3 S. 398; FRANCESCAKIS, Encyclopédie, Rz. 101.

<sup>215</sup> NOJACK, Exklusivnormen, *passim*.

<sup>216</sup> KAHN, 161.

<sup>217</sup> KÖSTER, 92, mit Hinweisen auf KROPHOLLER und HOFFMANN.

<sup>218</sup> SCHWANDER, Lois, *passim*; VOSER, Lois, *passim*.

<sup>219</sup> Bei NEUMEYER, 243 ff., ist von «eingreifenden Rechtssätzen» die Rede. Der Begriff «Eingriffsnorm» selbst wurde soweit ersichtlich erstmals von NEUHAUS, § 4. II thematisiert.

<sup>220</sup> Siehe z.B. SCHNYDER/LIATOWITSCH, 77. Die deutschen Gerichte sprechen aber bereits vor NEUMEYER von «Eingriffen» zwingender deutscher Normen in das verwiesene Recht; s. dazu MELCHIOR, 388.

<sup>221</sup> KROPHOLLER, 19.

<sup>222</sup> Art. 16 Rom-II-VO; Art. 9 Rom-I-VO.

<sup>223</sup> In der Rom-I-VO (Verordnung (EG) Nr. 593/2008, Art. 9 Abs. 1) werden Eingriffsnormen, in Anlehnung an FRANCESCAKIS (Encyclopédie, Conflits de lois Rz. 124), über ihre Bedeutung für die Organisation eines Staates definiert: «Eine Eingriffsnorm ist eine zwingende Vorschrift, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden

Jede der erwähnten Bezeichnungen beleuchtet jeweils eine bestimmte Facette der Problematik der international zwingenden Bestimmungen, ohne gegenüber den konkurrierenden Begriffen einen entscheidenden Vorteil aufzuweisen. Hingegen präsentieren verschiedene dieser in der Lehre verwendeten Ausdrücke bedeutende Nachteile, so insbesondere die Begriffe *positiver Ordre public* und *loi d'application immédiate*.

Der Ausdruck *positiver Ordre public* bezieht sich nur auf diejenigen international zwingenden Normen, die einen wie auch immer gearteten «besonders» wichtigen Zweck verfolgen, und führt somit zu einer nicht klar durchführbaren begrifflichen Aufteilung innerhalb der international zwingenden Normen, da auch Vorschriften *ohne* besonders wichtigen Zweck einen international zwingenden Anwendungsbereich aufweisen können.<sup>224</sup> Der Begriff *loi d'application immédiate* wiederum suggeriert, dass eine so bezeichnete Norm ohne Rücksicht auf den Regelverweis anzuwenden sei. Dies entspricht jedoch nicht immer der Realität.<sup>225</sup> U.U. müsste von einer *loi d'application immédiate sans application immédiate* gesprochen werden – ein Paradoxon, welches auf die deskriptive Aussage des Begriffs zurückzuführen ist und gegen ihn spricht. Die Negativselektion verweist deshalb auf den Begriff *Eingriffsnorm*, der vorliegend somit auch primär verwendet wird.<sup>226</sup> Der Begriff *Eingriffsnorm* ist inhaltlich

Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen.» Die ein Jahr vor der Rom-I-VO verabschiedete Rom-II-VO (Verordnung (EG) Nr. 864/2007, Art. 16) beschränkte sich noch auf eine Umschreibung der Eingriffsnormen, die an Art. 18 IPRG erinnert: «Diese Verordnung berührt nicht die Anwendung der nach dem Recht des Staates des angerufenen Gerichts geltenden Vorschriften, die ohne Rücksicht auf das für das außervertragliche Schuldverhältnis maßgebende Recht den Sachverhalt zwingend regeln.» Aufgrund der Materialien zu den beiden Verordnungen ist davon auszugehen, dass die Rom-I-VO zur Auslegung von Art. 16 Rom-II-VO analog beizuziehen ist (s.a. MüKo Bd. 10–JUNKER, Art. 16 Rom-II-VO Rz. 13). Keine dieser beiden Definitionen erlaubt aber die Identifikation von Eingriffsnormen. Vielmehr handelt es sich um Umschreibungen, die einmal identifizierte Eingriffsnormen zwar treffend beschreiben, jedoch keine Abgrenzung zum nur intern zwingenden Recht im Voraus ermöglichen.

<sup>224</sup> Siehe c) auf S. 59.

<sup>225</sup> Siehe aa) auf S. 71 ff.

<sup>226</sup> Der Begriff kann sowohl für inländische, am Sitz des Gerichts (*lex fori*) geltende international zwingende Bestimmungen, als auch für Vorschriften des verwiesenen Rechts (*lex causae*) und für *drittstaatliche* Eingriffsnormen verwendet werden; vgl. BGE 130 III 620 E. 3.1 S. 623, wo von «drittstaatlichen» Eingriffsnormen die Rede ist und präzisiert wird, dass es sich dabei um «ausserhalb der *lex fori* und des

neutral und beschreibt das Resultat, *i.e.* den Eingriff in das auf Grund allseitiger Anknüpfungsregeln gebildete Statut.<sup>227</sup>

## B) Identifikation

In Gesetz, Materialien, Rechtsprechung und Lehre wird für die Suche nach Eingriffsnormen auf verschiedene Kriterien abgestellt. Die *Identifikation* von Eingriffsrecht ist gem. h.L. zentral für die Anwendung dieses Rechtsinstituts: Einmal identifiziert, sind Eingriffsnormen immer anzuwenden.<sup>228</sup> Generell kann zwischen kollisions- und materiellrechtlichen Definitionen sowie einer expliziten und impliziten Identifikation unterschieden werden. In der Regel vertreten Rechtsprechung und Lehre mehrere Theorien.

**a) Expliziter Anwendungsbefehl des Gesetzgebers** Das Bundesgericht stellt für die Frage nach dem Vorliegen einer zwingenden Vorschrift i.S.v. Art. 18 IPRG auf den Willen des Gesetzgebers ab.<sup>229</sup> Der Anwendungswille des Gesetzgebers kann sich in der Tat ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben.<sup>230</sup>

**b) Impliziter Anwendungsbefehl zum Schutz besonders wichtiger Interessen** Eingriffsnormen können auch implizit über ihren Inhalt, den «besonderen Zweck» i.S.d. Art. 18 IPRG, bestimmt werden.<sup>231</sup> Zu den «eingriffstypischen Bereichen» werden in der Botschaft zum IPRG die Grundprinzipien der Rechtsordnung, sozialpolitische Bestimmungen, staatspolitische Normen und wirtschaftsrechtliche Vorschriften gezählt.<sup>232</sup> Gemäss Bundesgericht gehören zu den international zwingenden Bestimmungen insbesondere Normen der öffentlichen Ordnung und Sittlich-

Vertragsstatuts liegende» Bestimmungen handle, was *e contrario* die Verwendung des Begriffs für international zwingende Vorschriften der *lex fori* gestattet.

<sup>227</sup> MüKo Bd. 10–JUNKER, Art. 16 Rom-II-VO Rz. 10.

<sup>228</sup> Dieser Auffassung wird vorliegend *nicht* gefolgt; s. dazu f) auf S. 85.

<sup>229</sup> BGer, Urt. v. 01.10.2009 (4A\_106/2009), E. 6.6.2.

<sup>230</sup> Vgl. Art. 28 Abs. 4 FusG über die Konsultation der Arbeitnehmervertretung gem. Art. 333a OR: «Diese Bestimmung findet auch Anwendung auf übernehmende Gesellschaften mit Sitz im Ausland.»

<sup>231</sup> Vgl. MüKo Bd. 10–MARTINY, Art. 9 Rom-I-VO Rz. 11.

<sup>232</sup> Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 312.



keit,<sup>233</sup> die den wesentlichen Interessen der Gesellschaftsordnung, der politischen oder der wirtschaftlichen Ordnung Rechnung tragen.<sup>234</sup>

Eingriffsnormen kommen beispielsweise im staats- und wirtschaftspolitischen Bereich vor: Exportverbote, Feindhandelsgesetze oder Fremdenvorschriften, die der Durchsetzung von Machtansprüchen dienen,<sup>235</sup> wie beispielsweise die Beschränkung des Bodenerwerbs durch Ausländer.<sup>236</sup> Als Beispiele für Eingriffsnormen werden in der Botschaft zum IPRG zudem politisch motivierte Eheverbote erwähnt.<sup>237</sup> Solche Normen tragen ihren eigenen Geltungsbereich in sich und haben die Natur einer Kollisionsnorm, welche stets und unbedingt befolgt werden muss.<sup>238</sup>

Weitere Eingriffsnormen finden sich gem. Bundesgericht im Kreis der «universell anerkannten Rechtsgüter».<sup>239</sup> Dazu gehören das Gebot von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr und das Rechtsmissbrauchsverbot sowie die einzelnen Ausprägungen dieser Grundsätze, wie z.B. das Verbot rechtsmissbräuchlicher Verjährungseinreden. Auch der missbräuchliche Ausschluss der persönlichen Haftung hinter dem Schutz einer juristischen Person wurde in der früheren Rechtsprechung als Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots über Art. 18 IPRG angewendet.<sup>240</sup>

Eine im Interesse der öffentlichen Ordnung aufgestellte Vorschrift und damit eine mögliche Eingriffsnorm liegt gem. Bundesgericht auch dann vor, wenn sie auf gewissen sozialpolitischen und ethischen Anschauungen des Gesetzgebers beruht, die der Parteidisposition entzogen sind.<sup>241</sup>

<sup>233</sup> BGE 128 III 201 E. 1.c S. 206.

<sup>234</sup> BGE 125 III 443 E. 3.d S. 447.

<sup>235</sup> BGE 118 II 348 E. 3.b S. 353, m.w.H.; s.a. rechtsvergleichend OGH, Urt. v. 25.09.2001 (1Ob164/01a), 4. Abs. (Rechtliche Beurteilung): «Speziell auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts setzt der Staat häufig wirtschafts- oder sozialpolitisch motivierte gesetzliche Lenkungsmaßnahmen mit Zwangscharakter, eben sogenannte Eingriffsnormen.»

<sup>236</sup> SCHWANDER, IPR-AT, Rz. 517.

<sup>237</sup> Botschaft IPRG, BBl **1983** I 263, S. 312 f.

<sup>238</sup> Botschaft IPRG, BBl **1983** I 263, S. 50 ff.

<sup>239</sup> BGE 128 III 201 E. 1.c S. 207. Allerdings ist die Bezeichnung «universell anerkannte Rechtsgüter» nicht überzeugend; wären diese Rechtsgüter tatsächlich universell, müssten sie nicht als Eingriffsrecht durchgesetzt werden.

<sup>240</sup> BGer, Urt. v. 23.04.1992 (5C.255/1990), E. 2.a; vgl. aber BGE 128 III 346 E. 3.1.4 S. 349 f., wo der Haftungsdurchgriff dem Gesellschaftsstatut entnommen wird.

<sup>241</sup> BGE 41 II 138 E. 1 S. 141 f.: «Eine im Interesse der öffentlichen Ordnung aufgestellte Vorschrift liegt vielmehr schon dann vor, wenn aus ihrer Fassung hervorgeht, dass sie unter allen Umständen Anwendung finden soll, weil sie auf gewissen

Die öffentlichrechtlichen Schutznormen des Arbeitsgesetzes werden als Beispiele für Eingriffsnormen erwähnt.<sup>242</sup>

Die Lehre<sup>243</sup> ist sich über die Umschreibung von Eingriffsnormen als «international zwingende Bestimmungen» einig. Diese Einstimmigkeit hört jedoch dort auf, wo es um die Bestimmung eines Kriteriums geht, das die Identifikation der Eingriffsnormen erlauben würde.

SCHNYDER umschreibt Eingriffsnormen als Bestimmungen mit unmittelbarem Anwendungswillen, die im öffentlichen Interesse auf private Rechtsverhältnisse einwirken oder sonstwie die persönliche Freiheit beschränken<sup>244</sup> und grenzüberschreitend nicht ohne Rücksicht auf ihren Inhalt austauschbar sind.<sup>245</sup> Zu den öffentlichen Interessen zählt er staats- oder wirtschaftspolitische Interessen,<sup>246</sup> wie z.B. den Schutz der Zahlungsbilanz, die Herstellung einer Wettbewerbsordnung oder die Aufsicht über die Kapitalmärkte.<sup>247</sup> Auch für MÄCHLER-ERNE und WOLF-METTIER definieren sich Eingriffsnormen über ihre fundamentale Bedeutung für den Staat und die Rechtsgemeinschaft in einer internationalen Dimension.<sup>248</sup> Vorschriften über die Fusionskontrolle werden z.B. aus marktpolitischen Gründen zu den Eingriffsnormen gezählt.<sup>249</sup>

SONNENBERGER sieht den Begriff «Eingriffsnorm» als offene Sammelbezeichnung für alle Normen, deren Funktion in der Wahrung von Gemeininteressen besteht.<sup>250</sup> Gemeinsamer Nenner all dieser Normen sei ihr gesellschafts- bzw. staatspolitischer Zweck,<sup>251</sup> weshalb sie nicht in die Normenbereiche eingebunden werden könnten, die von den Anknüpfungspunkten für Privatangelegenheiten erfasst werden.

sozialpolitischen und ethischen Anschauungen des Gesetzgebers beruht, deren Verwirklichung durch die Abmachungen der Parteien nicht soll in Frage gestellt werden können.» Ähnlich SCHWANDER, IPR-AT, Rz. 533.

<sup>242</sup> Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 50 ff.

<sup>243</sup> Aufgrund der internationalen Dimension der Eingriffsnormen wird vorliegend auch summarisch auf die ausländische Lehre eingegangen.

<sup>244</sup> SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, Rz. 10.

<sup>245</sup> SCHNYDER, FS Ansay, 394. Ähnlich auch die h.L. in Frankreich, vgl. anstatt vieler JACQUET/DELEBECQUE/CORNELOUP, 141 Rz. 244.

<sup>246</sup> SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, 10.

<sup>247</sup> SCHNYDER, Zwingendes Wirtschaftsrecht, 90.

<sup>248</sup> BSK IPRG–MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 18 N 10.

<sup>249</sup> SONNENBERGER/BAUER, 60; HIRSIGER, 297.

<sup>250</sup> MüKo Bd. 10 (4. Aufl.)–SONNENBERGER, Einl. IPR Rz. 40.

<sup>251</sup> MüKo Bd. 10 (4. Aufl.)–SONNENBERGER, Einl. IPR Rz. 48.

FETSCH und KROPHOLLER definieren Eingriffsnormen als Vorschriften, die übergeordneten staats- und wirtschaftspolitischen Interessen dienen,<sup>252</sup> und nicht auf den Ausgleich von Parteiinteressen ausgerichtet sind.<sup>253</sup> Ausschlaggebend sei die Stossrichtung der Norm. Es kann gemäss FETSCH durchaus vorkommen, dass eine Norm mit übergeordneten staatspolitischen Interessen auch beiläufig zum Ausgleich von Privatinteressen führt; dies dürfe aber nicht der primäre Zweck einer Eingriffsnorm sein.<sup>254</sup>

KREUZER unterscheidet beim Normzweck einer Vorschrift zwischen Makro- und Mikrofunktion. Während Normen mit Makrofunktion dem Markt oder der Wirtschaftssteuerung dienen, sind Normen mit Mikrofunktion auf den Interessenausgleich privater Personen ausgerichtet. Nur Normen mit Makrofunktion zählen gem. KREUZER zu den Eingriffsnormen. Für ihn gehören Ein- und Ausfuhrverbote, das Devisen- und Währungsrecht, Bestimmungen des Kartell- und Wettbewerbsrechts sowie Bodenverkehrsvorschriften und berufsrechtliche bzw. gewerbepolizeiliche Normen zum Eingriffsrecht.<sup>255</sup> Auch KROPHOLLER schlägt eine vergleichbare Auflistung eingriffsrechtlicher Bereiche vor.<sup>256</sup>

FRANESCAKIS setzt den Akzent der Eingriffsnormen auf die staatliche Organisation. Der Inhalt einer Norm sei nicht abstrakt gesehen zu betrachten, sondern stets im Zusammenhang mit dessen Bedeutung für die staatliche Organisation;<sup>257</sup> dies rechtfertige ihre Sonderstellung. Auch KUNDA versteht unter «internationally mandatory rules» jene Bestimmungen, deren Beachtung für die politische, soziale und wirtschaftliche Organisation eines Landes äusserst bedeutend ist.<sup>258</sup>

Für BEHRENS sind Eingriffsnormen Bestimmungen, auf deren Anwendung die Staaten wegen der mit ihnen verfolgten Interessen unabhängig davon bestehen, dass sie grundsätzlich Privatrechtsbeziehungen nach dem Recht beurteilen, mit dem der Sachverhalt am engsten verbunden ist.<sup>259</sup> Vom Gesellschaftsstatut unabhängige Anknüpfungen im Gesell-

<sup>252</sup> KROPHOLLER, 18.

<sup>253</sup> FETSCH, 24; s.a. SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, Rz. 213.

<sup>254</sup> So auch KROPHOLLER, 498.

<sup>255</sup> KREUZER, 86.

<sup>256</sup> KROPHOLLER, 18.

<sup>257</sup> FRANCESKAKIS, Encyclopédie, Conflits de lois Rz. 124.

<sup>258</sup> KUNDA, 211.

<sup>259</sup> GmbHG-Kommentar-BEHRENS, Allg. Einl. Rz. B 46; SONNENBERGER, 426.

schaftsrecht sieht BEHRENS aber nicht als Anwendungsbeispiele von Eingriffsnormen,<sup>260</sup> sondern vielmehr als öffentlichrechtliche Normen, die bereits aufgrund ihrer Anknüpfung an das Territorialitäts- bzw. Auswirkungsprinzip unabhängig vom Gesellschaftsstatut auf die Gesellschaft Anwendung finden.

Ein Teil der Lehre zählt auch Bestimmungen zu den Eingriffsnormen, die zumindest teilweise dem privaten Interessenausgleich verpflichtet sind.<sup>261</sup> Es handelt sich z.B. um das Arbeitnehmerentsendegesetz in Bezug auf die Lohn- und Arbeitsbedingungen für die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmer,<sup>262</sup> sowie das Versicherungsvertragsgesetz.<sup>263</sup> RUSCH rechnet die Normen der verdeckten Gewinnausschüttung und das Verbot der Einlagenrückgewähr zu den Eingriffsnormen,<sup>264</sup> obwohl hier primär die Gesellschaftsgläubiger geschützt werden. ROTH zählt auch reines Privatrecht vertragsrechtlichen Inhalts zum Eingriffsrecht, soweit es ohne Rücksicht auf das durch die Kollisionsnorm berufene Recht den Sachverhalt zwingend regeln will.<sup>265</sup> Auch auf Individualinteressen sich beziehende zwingende Normen könnten gemäss STEINDORFF eine Sonderanknüpfung rechtfertigen.<sup>266</sup>

Die eingriffsrechtliche Beachtung privater Schutzinteressen wird von der h.L. jedoch nicht geteilt. Die Mehrheit der Autoren sieht Eingriffsrecht auf primär staatliche und wirtschaftspolitische Interessen beschränkt, unter Ausschluss sozialpolitischer Schutzvorschriften und anderer Partei-schutznormen.<sup>267</sup> Sofern private Schutzinteressen verfolgt werden, handle es sich nicht mehr um eine Eingriffsnorm.<sup>268</sup> Normen privatrechtlicher Natur, die ausschliesslich die Funktion haben, private Belange zu schützen, dürften nicht als Eingriffsrecht von der allgemeinen kollisionsrechtlichen Behandlung ausgenommen werden,<sup>269</sup> was die Möglichkeit ihrer zwingenden Anwendung auf ausdrücklich im Gesetz geregelte Fälle beschränkt. In

<sup>260</sup> GmbHG-Kommentar–BEHRENS, Allg. Einl. Rz. B 48.

<sup>261</sup> JUNKER, 73.

<sup>262</sup> PORTMANN, 368.

<sup>263</sup> SCHWANDER, IPR-AT, Rz. 517, 523.

<sup>264</sup> RUSCH, 190.

<sup>265</sup> ROTH, FS Lorenz, 647.

<sup>266</sup> STEINDORFF, 160.

<sup>267</sup> Anstatt vieler s. KLEINSCHMIDT, 278.

<sup>268</sup> MüKo Bd. 10 (4. Aufl.)–SONNENBERGER, Einl. IPR Rz. 61 und 89.

<sup>269</sup> SONNENBERGER, 823.

der h.L. werden deshalb nur dann auch sozialpolitische, am individuellen Interessenausgleich orientierte Schutznormen zu den Eingriffsnormen gezählt,<sup>270</sup> wenn die Norm überwiegend oder zumindest auch im öffentlichen Interesse liegt,<sup>271</sup> und nicht nur im Interesse der Vertragsparteien.<sup>272</sup>

**c) Impliziter Anwendungsbefehl aus Effizienzgründen** Ein impliziter Anwendungsbefehl, der die international zwingende Anwendung einer Vorschrift rechtfertigt, kann sich auch aus der teleologischen Auslegung einer Norm ergeben, *ohne dass besonders wichtige Schutzzwecke verfolgt würden*. In der Tat zeichnen sich nicht alle international zwingenden Bestimmungen durch einen «besonders» wichtigen Schutzzweck aus.<sup>273</sup> Das Bundesgericht hat z.B. Bestimmungen zum Schutz des laueren Wettbewerbs, die «im Allgemeinen *nicht* dem positiven Ordre public zugerechnet werden»,<sup>274</sup> als inländische Eingriffsnormen qualifiziert, weil bei Durchführung des Regelverweises die Rechtsdurchsetzung nicht effizient wäre.<sup>275</sup> Da kein Gesetzgeber ein ineffizientes Gesetz schaffen wolle,<sup>276</sup> liege ein impliziter Anwendungsbefehl vor, sodass die betroffenen Bestimmungen gem. Bundesgericht als inländische Eingriffsnormen anzuwenden seien. Hier begründen Effizienzüberlegungen und nicht die verfolgten Interessen die zwingende Anwendung der Norm.

**d) Eingriffsnormen als Instrument einer uniformen Rechtsanwendung** Vorschriften, die keine wie auch immer gearteten fundamentalen Werte schützen, können auch dann eine international zwingende Anwendung

<sup>270</sup> KROPHOLLER, 22, erwähnt den Mieterschutz als Beispiel.

<sup>271</sup> THORN, 133 f.

<sup>272</sup> KROPHOLLER, 498.

<sup>273</sup> BGE 41 II 138 E. 1 S. 141 f.: «Als um der öffentlichen Ordnung willen erlassen sind nicht nur diejenigen Vorschriften zu betrachten, die ein öffentliches Interesse schützen wollen, das «die höchsten Güter» des Staates betrifft [...]»; s.a. BGer, Urt. v. 01.10.2009 (4A\_106/2009), E. 6.6.1 (Hervorhebung hinzugefügt): «Diese sogenannten lois d'application immédiate *umfassen* den positiven Ordre public.» *E contrario* gehören auch Vorschriften zu den international zwingenden Bestimmungen, die *nicht* zum positiven Ordre public gehören.

<sup>274</sup> BGer, a.a.O., E. 6.6.2.2; Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>275</sup> BGer, a.a.O., E. 6.6.2.3.

<sup>276</sup> BGer, a.a.O., E. 6.6.2.1 und E. 6.6.2.2: «Es ist auszuschliessen, dass der schweizerische Gesetzgeber dem Bund ein spezielles Klagerecht mit diesem Zweck einräumen, dieses aber gleichzeitig wirkungslos gestalten wollte [...].»

begründen, wenn sich ihre uniforme Anwendung auf einem Territorium als notwendig erweist.

Das Kriterium der uniformen Anwendung ist etwa im Firmenrecht oder im Bereich der Kapitalmarktinformation relevant, wo die Informationsübermittlung zwecks Vergleichbarkeit der Informationsinhalte auf einheitliche, homogene Regeln angewiesen ist. Explizit erwähnt SCHWANDER die schweizerischen Bestimmungen bezüglich Eintragung in das Handelsregister, Publizität, Buchführung und Bilanz sowie die Vertretungsmacht des zur Vertretung Bevollmächtigten mit Wohnsitz in der Schweiz als Beispiele von derartigen Normen mit international zwingendem Charakter.<sup>277</sup>

**e) Identifikation durch kollisionsrechtliche Eigenschaften** SCHWANDER legt den Akzent der Eingriffsnormen nicht auf ihren materiellen Inhalt, sondern auf den kollisionsrechtlichen Aspekt: Als *lois d'application immédiate* bezeichnet er die materiellen Rechtssätze einer nationalen Rechtsordnung, welche unabhängig von einer Verweisung durch eine Kollisionsnorm auf Sachverhalte mit Auslandsberührung angewendet werden.<sup>278</sup> Eine materiellrechtliche Erklärung der *lois d'application immédiate* sei nicht möglich, und eine Identifikation deshalb nur über eine Auflistung denkbar.<sup>279</sup>

Auch für SCHRAMM bestehen die Besonderheiten der Eingriffsnormen in ihren kollisionsrechtlichen Eigenschaften, d.h. in ihrem Vorrang vor den allgemeinen Kollisionsnormen.<sup>280</sup> Dieser Ansatz wird auch von VOSER vertreten, die *lois d'application immédiate* als Sachnormen des Forumstaats definiert, die unabhängig von dem nach dessen allgemei-

<sup>277</sup> SCHWANDER, *Lois*, 264, 271 f.

<sup>278</sup> SCHWANDER, *Lois*, 248. Auch SCHNYDER, *Wirtschaftskollisionsrecht*, Rz. 10, umschreibt Eingriffsnormen als Bestimmungen mit dem Willen, «in grenzüberschreitender Hinsicht ohne Rücksicht darauf angewandt zu werden, ob die nach IPR zuständige Privatrechtsordnung die inländische ist oder nicht.»

<sup>279</sup> SCHWANDER, *Lois*, 273; als Beispiele sind das Übernahmerecht betreffend bäuerliche Grundstücke, die Pfandregisterpflicht für Mobilien oder die Firmenpflicht für Zweigniederlassungen erwähnt (264 ff.).

<sup>280</sup> SCHRAMM, 11. Der Vorrang sei auf den Schutz öffentlicher Interessen zurückzuführen. Dies lässt m.E. jedoch nicht den Umkehrschluss zu, dass alle dem Schutz öffentlicher Interessen dienende Normen einen Vorrang vor den allgemeinen Kollisionsnormen begründen liessen.

nen Kollisionsnormen verwiesenen Recht zwingend auf Sachverhalte mit Auslandsberührung anzuwenden sind.<sup>281</sup>

Für SCHURIG ist eine Norm international zwingend, weil und wenn sie unabhängig vom Vertragsstatut berufen wird. Dies erfolge aber *nicht* deshalb, weil die Norm international zwingend sei,<sup>282</sup> sondern im Gegenteil ergebe sich der international zwingende Charakter aus ihrer kollisionsrechtlichen Besonderheit.

**f) Eingriffsnormen als Reaktion auf ungenügende Regelverweise** Eingriffsnormen kommen gemäss KAHN, SCHWANDER und STRAUBE vermehrt auch dort zum Tragen, wo neu zu regelnde Probleme auftauchen,<sup>283</sup> über deren kollisionsrechtliche Behandlung noch Unsicherheit besteht und fremde Rechtsordnungen keine adäquate Gesetzgebung vorsehen.<sup>284</sup> Die Frage nach Eingriffsnormen stelle sich vor allem dort, wo das Kollisionsrecht nicht mehr oder noch nicht in der Lage sei, eine sachgemässe Anknüpfung zu gewährleisten.<sup>285</sup>

**g) Eingriffsnormen als Instrument der Prozessökonomie** Prozessökonomische Überlegungen scheinen FRANCESCAKIS' Theorie der lois d'application immédiate beeinflusst zu haben. FRANCESCAKIS entwickelte seine Theorie auf der Grundlage einer Serie von französischen Entscheidungen, in denen das Gericht eine inländische Vorschrift<sup>286</sup> als international zwingende Bestimmung mit der Begründung anwendete, dass ohnehin jede anderslautende ausländische Regel gegen den inländischen Ordre public verstossen würde, sodass die direkte Anwendung dieser Vorschrift zu einer «économie de moyens» führe.<sup>287</sup>

<sup>281</sup> VOSER, 4.

<sup>282</sup> SCHURIG, 841.

<sup>283</sup> KAHN, 251.

<sup>284</sup> SCHWANDER, IPR-AT, Rz. 533.

<sup>285</sup> STRAUBE, 397; TOUBIANA, Rz. 253; s. aa) auf S. 71.

<sup>286</sup> *In casu* eine Vorschrift über die Nichtanerkennung der Klage auf Feststellung der ausserehelichen Vaterschaft, die damals in Frankreich sehr stark eingeschränkt war.

<sup>287</sup> Cour de Cassation, Urt. v. 03.06.1966, zit. in FRANCESCAKIS, Encyclopédie, Rz. 175 f.; LOUSSOUARN/BOUREL/DE VAREILLES-SOMMIÈRES, 142, sprechen in diesem Zusammenhang von einem «critère technique».

### C) Kritik

#### a) «Besonderer Zweck» als Charakteristikum des Eingriffsrechts?

Die Definition der Eingriffsnormen erfolgt gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts und h.L. primär über ihren Inhalt, den «besonderen Zweck» i.S.d. Art. 18 IPRG.<sup>288</sup> Dieses Kriterium erlaubt aber nicht die eindeutige Qualifikation einer Vorschrift als Eingriffsnorm.<sup>289</sup>

Die Diversität der Interessen, die eine Qualifikation als Eingriffsrecht rechtfertigen können, ist in der Tat beeindruckend.<sup>290</sup> Gemäss SANDROCK<sup>291</sup> verfolgt z.B. die Existenzvernichtungshaftung<sup>292</sup> ein öffentliches Interesse, da im Falle ihrer Nichtanwendung Gläubiger leer ausgehen, Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz verlieren und die Steuereinnahmen sinken könnten, was letztlich das Gemeinwohl gefährdet.<sup>293</sup> Mit derartigen «Dammbruch-Argumenten» kann *jede* Norm als auf den Schutz

<sup>288</sup> Siehe B) auf S. 54 ff.

<sup>289</sup> KAHN, 214: Die grosse Masse der Eingriffsnormen zeichne sich nicht durch eine ganz ungewöhnlich hohe Bedeutung für das Staatsleben aus.

<sup>290</sup> Vgl. MüKo Bd. 10 (4. Aufl.)–SONNENBERGER, Einl. IPR Rz. 56 ff.: Eingriffsnormen seien «oft» an ihrer Neutralität gegenüber Privatinteressen zu erkennen und «vielfach» wirtschaftlicher Natur, wobei aber auch «kultur-, erziehungs-, bevölkerungs-, familien-, gesundheits-, rechtspflege- und gesellschaftspolitische Gemeininteressen» in Betracht kämen, sowie Normen, durch die der Staat die ihm aufgegebenen Pflichten der Gewährleistung eines bestimmten Sozialgefüges oder der Fürsorge wahrnehme, wie z.B. im Rahmen des öffentlichen Jugendschutzes, der Ausbildung oder der Kindererziehung. Soziales Wohnraummietrecht sei sozialpolitische Gesetzgebung mit wohnungsmarktpolitischer Relevanz und habe daher eingriffsrechtlichen Charakter.

<sup>291</sup> SANDROCK, Überlagerungstheorie, 485.

<sup>292</sup> Haftung der Gesellschafter für missbräuchliche, zur Insolvenz der Gesellschaft führende oder diese vertiefende kompensationslose Eingriffe in das der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen.

<sup>293</sup> Vgl. LAURENT, zit. in KAHN, 214 f.: Bestimmungen des Immobilien-Eigentumsrechts seien wegen ihrer «Bedeutung für das Wohl des Ackerbaues, der Industrie und der Fabriken» zum internationalen Ordre public zu zählen, genauso wie gesetzliche Bestimmungen über Dienstbarkeiten im nachbarschaftlichen Verhältnis, handle es sich doch dabei um eine Voraussetzung für gute Nachbarschaft, d.h. das Zusammenleben in einer Gesellschaft, was im Endeffekt ein überindividuelles Gemeininteresse darstelle; s.a. FLESSNER, 10.

Siehe auch BGE 111 IV 74 E. 4.c S. 80, wo die privaten Interessen einer schweizerischen Bank als Interessen der Schweiz beschrieben und somit als überindividuelle Interessen angesehen werden.



eines überindividuellen Interesses ausgerichtet angesehen werden.<sup>294</sup> *Alle* Gesetzesnormen verfolgen ein öffentliches Interesse<sup>295</sup> und sind somit dazu geeignet, als international zwingende Normen Anwendung zu finden.<sup>296</sup> Ohne die Verfolgung öffentlicher Interessen dürften sie von einem demokratischen Gesetzgeber nicht erlassen werden.<sup>297</sup> Demokratische Rechtssätze sollen dem Wohl der Individuen dienen, d.h. dem Wohl der überwiegenden Mehrzahl derselben und damit dem Wohl des ganzen Gemeinwesens,<sup>298</sup> weshalb sie *per se* ein öffentliches Interesse aufweisen.

Gerade in den europäischen Staaten wird praktisch *jede* gesetzliche Intervention vom Gesetzgeber selbst mit übergeordneten besonderen öffentlichen Interessen begründet oder in der Lehre mit derartigen Überlegungen versehen,<sup>299</sup> was die Rolle des öffentlichen Interesses als Kriterium für die Identifikation der Eingriffsnormen relativiert. Die Unterscheidung, ob ein Gesetz auf wirtschafts- und staatspolitischen Rechtsgrundsätzen beruht oder nicht, ist weder in den Grundgedanken des Internationalen

<sup>294</sup> MARTINY, FS Heldrich, 923: «Es gibt wenige zwingende privatschützende Normen, für welche nicht in irgendeiner Weise auch Gemeinwohlinteressen angeführt werden können.»

Die Identifikation von «überindividuellen» Interessen zur Begründung der internationalen Anwendung «besonders» wichtiger Bestimmungen wird auch in der EU verfolgt. Der EuGH hat den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters als international zwingendes Recht qualifiziert, weil diese Regelung u.a. auch der Aufhebung der Beschränkungen der Berufsausübung, der Vereinheitlichung der Wettbewerbsbedingungen innerhalb der Gemeinschaft sowie der Stärkung der Sicherheit im Handelsverkehr diene (EuGH, Urt. v. 09.11.2000 (Rs. C-381/98) – *Ingmar*, Slg. 2000, I-09305, Rz. 20–25).

<sup>295</sup> FETSCH, 46; NEUMANN, 10; SCHURIG, 843; kritisch VON BAR/MANKOWSKI, § 4 Rz. 99.

<sup>296</sup> SCHWANDER, Lois, 276.

<sup>297</sup> KAHN, 212, m.w.H.

<sup>298</sup> VON BAR, 90.

<sup>299</sup> Art. 5 FINMAG über die Ziele der Finanzmarktaufsicht beschreibt z.B. den Zweck des Gesetzes wie folgt: «Die Finanzmarktaufsicht bezweckt nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Sie trägt damit zum Ansehen und zur Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei.» Ähnlich auch die europäische Transparenz-RL 2004/109/EG, Präambel Ziff. 1.

Privatrechts begründet noch praktisch durchführbar<sup>300</sup> und taugt deshalb auch nicht als Kriterium für die Identifikation von Eingriffsnormen.<sup>301</sup>

«Besonders wichtige öffentliche Interessen» werden i.d.R. erst dann eindeutig erkannt, wenn die international zwingende Anwendung der sie schützenden Normen feststeht.<sup>302</sup> «Wichtige Interessen» werden als Begründung für die international zwingende Anwendung bestimmter Vorschriften *nachgeschoben* – ein Paradoxon, weil dieses öffentliche Interesse eigentlich für die zwingende Anwendung ausschlaggebend sein sollte.<sup>303</sup> Eine Hierarchie der geschützten Interessen ist aber nicht allgemeingültig feststellbar. Abzuwägende Interessen haben kein «natürliches», durch «juristische Schwerkraft» bestimmtes Gewicht, das mit einer Waagschale verglichen werden könnte.<sup>304</sup> Was ist «gut», was ist «besser» und schutzwürdig und bedarf somit einer direkten Durchsetzung? Wiegt der Schutz der schwachen Vertragspartei höher als die unternehmerische Freiheit? Darauf gibt es keine allgemeingültigen Antworten.<sup>305</sup>

Ein aussagekräftiges Beispiel für die nachträgliche Identifikation von Gemeininteressen liefert das deutsche Handelsvertreterrecht. Während der Schutz des Handelsvertreters in der deutschen Rechtsprechung lange Zeit *nicht* als Eingriffsrecht angesehen wurde,<sup>306</sup> wird eben diesem Han-

<sup>300</sup> NUSSBAUM, 71.

<sup>301</sup> NEUMANN, 31; vgl. LANDO/VON HOFFMANN/SIEHR, 18: «No clear distinction could be established between rules which aim to protect private parties and rules which are enacted to protect public interest.» Ähnlich JUNKER, 70, und FETSCH, 26; vgl. auch die h.L. in Frankreich (NIGGEMANN, Anm. 59 auf S. 448, m.w.H.): Die Unterscheidung danach, ob das Gesetz zunächst private Belange und nur mittelbar öffentliche Ziele sichert, wird als nicht aussagekräftiges Kriterium angesehen, da beide untrennbar miteinander verbunden sind.

<sup>302</sup> KRAMER, 39: «Untersuchungen zum tatsächlichen Interpretationsverhalten der Gerichte kommen nur zu oft zum Ergebnis, dass [...] die Berufung auf eine etablierte Methode [...] zuweilen lediglich ex post zur Scheinlegitimation des in Wirklichkeit subjektiv, nach dem «Rechtsgefühl» gewünschten Ergebnisses angeführt wird und daher, wenn man so will, lediglich «ornamentalen» Charakter hat».

<sup>303</sup> Siehe b) auf S. 54.

<sup>304</sup> KRAMER, 246.

<sup>305</sup> Auf die Frage: «Meister, welches ist das grösste Gebot im Gesetz?» kennt selbst Jesus (Matthäus-Evangelium, Kap. 22, Vers 36) keine konkrete Antwort, sondern verweist auf den unbestimmten Begriff der Nächstenliebe.

<sup>306</sup> Siehe z.B. BGH, 30.01.1961 (VII ZR 180/60), NJW 1961, 1061.

delsvertreterschutzrecht seit einem entsprechenden Urteil des EuGH<sup>307</sup> ein eingriffsrechtlicher Charakter zugesprochen. Es werden einem Gesetz von heute auf morgen eingriffsrechtliche Schutzinteressen attestiert, wo *vor* dem erwähnten Urteil keine Gemeininteressen berührt waren.<sup>308</sup>

Werden Eingriffsnormen auf der Grundlage von theoretischen Überlegungen angewendet und wird die Wichtigkeit ihres Schutzzwecks abstrakt geprüft, besteht zudem die Gefahr, dass sie ihr Ziel verfehlen.<sup>309</sup> Das Bundesgericht hat deshalb Vorschriften mit einem «besonderen Schutzzweck» *nicht* angewendet, wenn im Einzelfall gar kein Schutzbedürfnis bestand. So wurde etwa ein «Polizeigesetz» zum Schutz eines Versicherungsnehmers nicht angewendet, da die zu schützende Partei selber beruflich im Versicherungsgeschäft tätig war und somit keines Schutzes bedurfte.<sup>310</sup>

Die Beantwortung der Frage nach der Anwendung einer Bestimmung als Eingriffsnorm kann deshalb stets nur im Hinblick auf einen konkreten Sachverhalt im Einzelfall gefunden werden und ergibt sich nicht allein aus ihrem Inhalt.

<sup>307</sup> EuGH, Urt. v. 09.11.2000 (Rs. C-381/98) — *Ingmar*, Slg. 2000, I-09305.

<sup>308</sup> Vgl. MüKo Bd. 10 (4. Aufl.)—SONNENBERGER, Einl. IPR Rz. 62: Es «steht [nach dem *Ingmar*-Urteil des EuGH] für den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, der seinen Tätigkeitsbereich in der EG hat, de lege lata fest, dass mit ihm in einem doppelten Sinn Wettbewerbspolitik und zwar gegen Wettbewerbsbeschränkungen und -verfälschungen verfolgt wird, also Gemeininteressen, die Eingriffsrecht kennzeichnen.» Ähnlich SONNENBERGER, 111, über die Wandlung des Verständnisses des Insiderrechts von einem als gesellschafts-, vertrags- oder deliktsspezifisch aufgefassten Recht zu einem Recht, das die Chancengleichheit, die Lauterkeit und die Schaffung des Vertrauens in das Funktionieren der Kapitalmärkte gewährleistet und deshalb nunmehr als Eingriffsrecht in Frage kommt.

<sup>309</sup> Die Kollektivanlagefondsgesetze von 1966 und 1994 verfolgten beispielsweise als Zweck den Schutz der Anlegerinnen und Anleger (ausdrücklich Art. 1 AFG [1994]). Aufgrund dieses abstrakt betrachteten wichtigen Interesses waren in der Schweiz strenge Anlegerschutzvorschriften vorgeschrieben (Botschaft KAG, BBl **2005** 6395, S. 6401), die aber lediglich dazu führten, dass die Anlagefonds ihren Sitz ins Ausland verlegten und ausländische Kapitalmärkte in Anspruch nahmen. Die aus dem «besonderen» Zweck der Anlegerschutzvorschriften abgeleitete zwingende Anwendung der inländischen Vorschriften führte dazu, ihren Schutzzweck zu verunmöglichen: Die schweizerischen Anleger konnten ihr Geld nicht mehr auf dem schweizerischen Kapitalmarkt investieren, da die Anlagegesellschaften in die Nachbarländer, insbesondere Luxemburg, abwanderten (Botschaft KAG, BBl **2005** 6395, S. 6401).

<sup>310</sup> BGE 108 Ib 286 E. 3.a S. 294.

**b) Individualinteressenschutz als Eingriffsrecht** Seit dem zwanzigsten Jahrhundert hat sich der staatliche Aufgabenbereich in der Schweiz und ganz Europa stark vergrössert und der Staat sich vom liberalen «Nachtwächterstaat» hin zu einem Fürsorgestaat entwickelt.<sup>311</sup> Beruhte das Obligationenrecht des Jahres 1881 noch auf einer rein geschäftsmässigen Auffassung des Verkehrslebens,<sup>312</sup> so wandte sich bereits die Revision von 1911 unter anderem mit der Einführung des zivilrechtlichen Wuchertatbestandes einem vermehrt materiellen Vertragsdenken zu. Diese Tendenz hat sich kontinuierlich verstärkt. Das Vertragsrecht wird zunehmend «materialisiert» und die formale Vertragsfreiheit durch eine materielle Vertragsgerechtigkeit verdrängt. Dies zeigt sich besonders deutlich in den Gebieten des Miet- und Arbeitsrechts, des Konsumentenschutzes oder der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.<sup>313</sup>

Die skizzierte «soziale» Entwicklung spiegelt sich auch im Internationalen Privatrecht wider.<sup>314</sup> Viele Kollisionsnormen sind so aufgebaut, dass jene Normen zur Anwendung gebracht werden, die den Schutz der sozial Schwächeren bezwecken.<sup>315</sup> Sozialpolitische Überlegungen finden sich etwa in Art. 120, 121 oder 124 Abs. 3 IPRG, welche die Rechtswahl bei Verbraucherverträgen, Arbeitsverträgen und Rechtsgeschäften mit Formzwang auf bestimmte Rechtsordnungen, die der zu schützenden Person nahestehen, beschränken. SCHWANDER spricht in Bezug auf diese privaten Schutzinteressen, in Anspielung an den Begriff des *Ordre public*, von einem «*Ordre privé*».<sup>316</sup>

Der Gedanke der Privilegierung des dem Schwächeren näherstehenden Rechts ist dem schweizerischen Internationalen Gesellschaftsrecht *prima facie* zwar fremd. Im IPRG wird den Gesellschaftsgründern bei der indirekten Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnung über die Inkorporationstheorie absolute Freiheit gelassen und nicht auf Interessen Dritter Rücksicht genommen. Dies bedeutet aber nicht, dass der hiervor erwähnte «soziale», dem Ausgleich von Individualinteressen verpflichtete Rechtsgedanke im Internationalen Gesellschaftsrecht irrelevant wäre.

<sup>311</sup> FETSCH, 22; HABERMEIER, 115.

<sup>312</sup> Botschaft Obligationenrecht, BB1 1905 II 1, S. 14.

<sup>313</sup> BGE 123 III 292 E. 2.e.aa S. 297.

<sup>314</sup> ZIMMER, IntGesR, 71.

<sup>315</sup> ZK-VISCHER, Art. 18 IPRG N 5; für Deutschland s. FETSCH, 26.

<sup>316</sup> SCHWANDER, Lois, 47.

Die Bedeutung, die der Gesetzgeber dem individuellen Interessenausgleich auch im Internationalen Gesellschaftsrecht zumisst, lässt sich z.B. an Art. 159 IPRG erkennen, der den Schutz schweizerischer Gläubiger gegenüber ausländischen Gesellschaften bezweckt.<sup>317</sup> Diese Sonderanknüpfung zeigt, dass der Gesetzgeber trotz seiner Grundsatzentscheidung für die Inkorporationstheorie auch Privatinteressen schützen wollte und diese Ausnahmen von der Inkorporationstheorie begründen können.

Das Bundesgericht hat sich in einem frühen Entscheid<sup>318</sup> bereits in die Richtung geäußert, dass auch sozialpolitische Schutzinteressen Eingriffsrecht begründen können. Eine im Interesse der öffentlichen Ordnung aufgestellte Vorschrift liege dann vor, wenn sich aus ihrer Fassung ergebe, dass sie unter allen Umständen Anwendung finden solle, weil sie auf gewissen *sozialpolitischen und ethischen Anschauungen* des Gesetzgebers beruhe, deren Verwirklichung durch die Abmachungen der Parteien nicht solle in Frage gestellt werden können. Wo sich das Gesetz an den Richter wende, um den wirtschaftlich Schwächeren gegen den Missbrauch der dem wirtschaftlich Stärkeren zustehenden Rechte zu schützen, könne man es nur mit einer Bestimmung zu tun haben, die ausschliessliche Geltung beanspruche.<sup>319</sup>

Die Bedeutung der materiellen Vertragsgerechtigkeit, des individuellen Interessenausgleichs und sozialer Schutzanliegen sowie die Unmöglichkeit einer klaren Abgrenzung zwischen Gemein- und Individualinteressen<sup>320</sup> legen es nahe, dass im Falle einer sich offenbarenden Schutzlücke auch «andere», nicht einem überindividuellen Gemeininteresse dienende Normen über Art. 18 IPRG berücksichtigt und die entsprechenden Schutznormen

<sup>317</sup> BSK IPRG–VON PLANTA/EBERHARD, Art. 159 N 3.

<sup>318</sup> BGE 41 II 138 E. 1 S. 142.

<sup>319</sup> Vgl. NIGGEMANN, 446, zur Situation in Frankreich: Den französischen Urteilen, die Eingriffsnormen anerkannt haben, ist der Schutz der schwächeren Partei gemeinsam, wobei es sich in der Regel um den Schutz von Arbeitnehmern handelt. Vgl. den MONÉGER-Bericht zum Urteil der Cour de Cassation Nr. 260 vom 30.11.2007: «Les exemples cités [de la jurisprudence française] permettent de constater que la qualification d'une loi, en loi de police ou en loi impérative justifiant que soit écartée la loi étrangère applicable au contrat, se fonde essentiellement sur deux critères: soit la protection d'une partie faible, soit un motif d'intérêt général lié à la sécurité du territoire ou à l'organisation économique du pays.»

<sup>320</sup> Siehe a) auf S. 62.

des schweizerischen Rechts zur Anwendung gebracht werden können.<sup>321</sup> Auch Vorschriften, die auf den Schutz der materiellen Vertragsgerechtigkeit ausgerichtet sind, weisen einen «besonderen Zweck» auf, der von seiner gesellschaftlichen Relevanz her ein «überindividuelles Gemeininteresse» darstellt<sup>322</sup> und somit eine Anwendung als Eingriffsnorm begründen kann.<sup>323</sup>

In der Lehre wird verschiedentlich die Meinung vertreten, Eingriffsnormen seien primär öffentlichrechtlicher Natur, während Bestimmungen, die dem verlorengegangenen Ausgleich von Privatinteressen dienen, über Sonderanknüpfungen als «Sonderprivatrecht» anzuwenden seien.<sup>324</sup> Unter dem Begriff des Sonderprivatrechts werden international zwingende Normen zusammengefasst, die sich als Teilfragen vom Regelverweis trennen und gesondert anknüpfen lassen, wie z.B. Normen des Verkehrs-, Gläubiger- oder Gesellschafterschutzes in Bezug auf das Gesellschaftsstatut. Die Abgrenzung von Eingriffsnormen zum Sonderprivatrecht ist aber nicht geeignet, um zu mehr Rechtssicherheit zu führen. Das Problem der Frage nach Ausnahmen vom Regelverweis zwecks Erhöhung der Rechtssicherheit – einer der Gründe für die vorliegende Arbeit – würde nur in einem Teilbereich erörtert, aber nicht gelöst: Die Rechtsunsicherheit bliebe bestehen. Zudem ist die Trennung zwischen individuellen und überindividuellen Interessen nicht klar durchzuführen.<sup>325</sup> Somit wird vorliegend auf diese Unterscheidung zwischen Eingriffsrecht und Sonder-

<sup>321</sup> Vgl. Botschaft IPRG, BBl **1983** I 263, S. 442: Ausnahmen vom Gesellschaftsstatut sind möglich, «wo überwiegende Interessen Dritter dafür sprechen». Zurückhaltend, aber grundsätzlich den Einbezug sozialer Interessen in das Eingriffsrecht bejahend ZK-VISCHER, Art. 18 IPRG N 5; GIULIANO/LAGARDE, Kommentar zu Art. 7; FETSCH, S. 41; GmbHG-Kommentar-BEHRENS, Allg. Einl. Rz. B 53, zieht den Verkehrsschutz, den Gläubigerschutz sowie den Gesellschafterschutz als «zwingende Allgemeininteressen» in Betracht; s.a. EuGH, Urt. v. 05.11.2002 (Rs. C-208/00) – *Überseering*, Slg. 2002, I-9919, Rz. 92. Kritisch hingegen SONNENBERGER, 107: Der Begriff «Eingriffsrecht» werde heute mehr und mehr durch den Einbezug von Normen ausgeweitet, die Privatinteressen verfolgen und als Ausdruck staatlicher Sozialpolitik verstanden werden; s.a. SCHNYDER, Zwingendes Wirtschaftsrecht, 91; ablehnend MüKo Bd. 10-MARTINY, Art. 9 Rom-I-VO Rz. 15.

<sup>322</sup> BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 18 N 12.

<sup>323</sup> Vgl. NIGGEMANN, 446 betreffend die Situation in Frankreich: Den französischen Eingriffsnormen ist i.d.R. der Schutz der schwächeren Partei gemeinsam.

<sup>324</sup> THORN, 132; GmbHG-Kommentar-BEHRENS, Allg. Einl. Rz. B 47 ff.; MüKo Bd. 10-MARTINY, Art. 9 Rom-I-VO Rz. 23.

<sup>325</sup> Siehe Bst. a) auf S. 62.

privatrecht verzichtet und für beide Normenkategorien die Bezeichnung Eingriffsnormen verwendet, da beide Male in den Regelverweis eingegriffen wird.

Gemein- und Individualinteressen sind nicht gegensätzlich, sondern bedingen sich gegenseitig und stellen ein «System kommunizierender Röhren»<sup>326</sup> dar. Der Funktionsschutz ist auf die optimale Ausgestaltung des Individualschutzes angewiesen,<sup>327</sup> und Normen, die das Gemeininteresse schützen, können zugleich auch Privatinteressen gewährleisten.<sup>328</sup>

Die Rechnungslegung beispielsweise erfüllt je nach Ausgestaltung und Bewertungsmaßstab unterschiedliche Zwecke. Sie kann als Mittel des Gläubiger-, des Gesellschafter- oder des Anlegerschutzes gesehen werden. Eine hohe Bewertung der Aktiven kommt den Gesellschaftern und Kapitalanlegern zugute, da nicht mehr Kapital als nötig in der Gesellschaft behalten wird und höhere Dividenden resultieren.<sup>329</sup> Von einer tiefen Bewertung der Aktiven<sup>330</sup> profitieren hingegen die Gläubiger:<sup>331</sup> Ihnen wird, real betrachtet, ein grösseres Haftungskapital zur Verfügung gestellt, da grössere Vermögenswerte notwendig sind, um die verlangte Kapitaldeckung zu erreichen. Werden zudem erhöhte Anforderungen an die (einheitliche) Präsentation der Ergebnisse gestellt,<sup>332</sup> lässt sich dies als Indiz für einen kapitalmarktrechtlichen Schutzzweck der Rechnungslegungsvorschriften auffassen, da so die Vergleichbarkeit mit den Abschlüssen anderer Unternehmen hergestellt wird, um die beste Allokation der Finanzmittel zu ermöglichen. Dies ist Voraussetzung für das Funktionieren des Kapitalmarkts, was als öffentliches, überindividuelles Interesse zu bezeichnen ist. Die mit einer Norm geschützten Interessen können somit sehr vielseitig sein, was eine Beschränkung des Eingriffs-

<sup>326</sup> ZIMMER, IntGesR, 44.

<sup>327</sup> KONDOROSY, 252.

<sup>328</sup> SONNENBERGER, 108.

<sup>329</sup> Grundsatz der «true and fair view» oder «fair representation»; Art. 66 KR.

<sup>330</sup> Vgl. Art. 960 Abs. 2 OR: «Bei ihrer Errichtung sind alle Aktiven höchstens nach dem Werte anzusetzen, der ihnen im Zeitpunkt, auf welchen die Bilanz errichtet wird, für das Geschäft zukommt.»

<sup>331</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 8 Rz. 61.

<sup>332</sup> Vgl. das Kotierungsreglement der SIX Swiss Exchange, Art. 51 KR: Jahres- und Zwischenabschlüsse sind in Übereinstimmung mit einem vom Regulatory Board anerkannten Rechnungslegungsstandard zu erstellen.

rechts auf «überindividuelle Interessen» nicht rechtfertigt und für den Einbezug von Individualinteressen spricht.

Das Rechtsinstitut der Eingriffsnorm stellt für den Richter ohnehin die einzige Möglichkeit zur Durchsetzung materieller Interessen im Gesellschaftsrecht ausserhalb der Vorbehaltsklausel dar.<sup>333</sup> Auch Bestimmungen, die keinen überindividuellen Interessen, sondern «nur» dem individuellen Interessenausgleich dienen, müssen deshalb gem. der hier vertretenen Auffassung über Art. 18 IPRG zur Anwendung gelangen können.

Nach dieser Kritik der h.L. in Bezug auf die Identifikation der Eingriffsnormen wird nun die propagierte «absolute» und vom Regelverweis unabhängige Anwendung des Eingriffsrechts untersucht.

**c) Relativität der Eingriffsnormen** Der Vorrang einheimischer Eingriffsnormen gegenüber dem Regelverweis wird in der Lehre als unvermeidbare Erscheinung des Internationalen Privatrechts verstanden.<sup>334</sup> «Neutrale» Kollisionsnormen wie jene des IPRG, die – wie gemeinhin angenommen – das anwendbare Recht ohne Rücksicht auf dessen materiellen Inhalt bezeichnen, bedürften gewisser Schranken.

Der behaupteten Abstraktheit und Neutralität der IPRG-Kollisionsnormen zum Trotz fliesst aber auch in die Regelverweise bereits eine gesellschaftspolitische Färbung mit hinein.<sup>335</sup> Sind die mit einer Gesetzesnorm verfolgten gesellschaftspolitischen Ziele bereits durch das verwiesene Recht erreicht bzw. gar nicht erst durch den Regelverweis in Frage gestellt,<sup>336</sup> stellt sich eine andere Frage: Ob eine Anwendung unabhängig von dem durch das Gesetz bezeichneten Recht tatsächlich noch zwingend sein kann. Wird die Rechtswahl der Parteien ausgeschlossen oder mittels einer objektiven Anknüpfung eine Koordination zwischen IPR-Statut und zwingendem Schutzrecht hergestellt, verringert sich in der Tat der Bedarf nach Sonderanknüpfungen.<sup>337</sup>

<sup>333</sup> Vgl. III. auf S. 36 ff.

<sup>334</sup> BSK IPRG–MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 18 N 3, m.w.H.

<sup>335</sup> Vgl. NEUHAUS, 43; s. Ziff. 2. auf S. 29.

<sup>336</sup> Dies wird gem. traditionellem Verständnis der Eingriffsnormen *nicht* überprüft, da die Anwendung Letzterer *unabhängig vom verwiesenen Recht* erfolgt.

<sup>337</sup> SCHNYDER, Wirtschafts kollisionsrecht, Rz. 30 und 200; s.a. SCHNYDER/LIATOWITSCH, Rz. 216, die darauf hinweisen, dass wenn materiell-privatrechtliche, grundlegende Regelungen bereits durch besondere, einseitige



Ziel einer Eingriffsnorm ist die Durchsetzung ihres Schutzzwecks,<sup>338</sup> der über die direkte Anwendung der Norm sichergestellt wird. Ein Zweck allein kann aber nicht jedes Mittel rechtfertigen, würde dies doch sonst zu einem gerechtigkeits- und realitätsfremden «Rechtsmachiavellismus» führen. Ist ein Zweck nämlich bereits erfüllt, fällt er als «Beweggrund für eine zielgerichtete Tätigkeit» weg,<sup>339</sup> so dass der zum Erreichen des Zwecks vorgeschlagene Weg (*i.c.* die zwingende Anwendung) obsolet wird und nicht mehr begründet werden kann.<sup>340</sup> Eingriffsnormen sind somit *relativ*<sup>341</sup> und – wie nachfolgend anhand von Beispielen<sup>342</sup> dargelegt – vom Regelverweis abhängig.

**aa) Einfluss des Regelverweises auf die Anwendung von Eingriffsnormen** Das ungewollte Ergebnis eines Regelverweises kann zur Qualifikation einer Vorschrift als Eingriffsnorm führen. Dem Bund steht z.B. gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. c UWG ein Klagerecht zu, wenn sich wettbewerbswidrige Verhaltensweisen von der Schweiz aus auf im Ausland ansässige klageberechtigte Personen auswirken und eine Klage zum Schutz des Ansehens der Schweiz im Ausland als nötig erachtet wird. Bei Ansprüchen aus unlauterem Wettbewerb geht das IPRG aber vom *Auswirkungsprinzip* aus (Art. 136 IPRG). In den Konstellationen, für die das erwähnte Klagerecht des Bundes konzipiert wurde, kommt somit grundsätzlich ein ausländisches Recht zur Anwendung, weshalb die Sonderregelung des Art. 10 UWG wirkungslos ist: Kein ausländisches Recht räumt dem schweizerischen Staat ein vergleichbares Klagerecht ein. Um

Verweisungsnormen kollisionsrechtlich umgesetzt und abgesichert werden, weitere Bestimmungen nur sehr zurückhaltend als Eingriffsnormen zu qualifizieren sind.

<sup>338</sup> Art. 18 IPRG erwähnt einen «besonderen Zweck» als Grund für die zwingende Anwendung von Eingriffsnormen.

<sup>339</sup> Als Zweck wird der Beweggrund für eine zielgerichtete Handlung verstanden.

<sup>340</sup> Vgl. die Parömie *cessante ratione cessat lex ipsa* – mit dem Zweck entfällt das Gesetz selbst.

<sup>341</sup> Vgl. KAHN, 251, der Eingriffsnormen als den «noch unerkannten und unfertigen Teil des internationalen Privatrechts» bezeichnete; vgl. SCHNITZER, 230.: «Soweit einheimisches Recht [durch IPR-Verweis] herangezogen wird, ist es völlig unnötig, vom Ordre public zu reden»; s.a. SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, Rz. 15; STRAUBE, 397; SCHWANDER, Lois, 47.

<sup>342</sup> Aufgrund der spärlichen Gerichtspraxis im Gesellschaftsrecht wird in diesem Zusammenhang auf Beispiele aus anderen Rechtsgebieten sowie aus dem Ausland zurückgegriffen.

diese Lücke zu schliessen, wird Art. 10 Abs. 2 lit. c UWG in den Materialien als Bestimmung «im Sinne von Artikel 18 IPRG» bezeichnet.<sup>343</sup> Auch das Bundesgericht begründet die Qualifikation der erwähnten inländischen Vorschrift als Eingriffsnorm mit der Feststellung, dass im Falle einer Nichtqualifikation als Eingriffsnorm der Schutzzweck der Vorschrift nicht oder nur schwer verwirklicht werden könne.<sup>344</sup> Trotz der programmatischen Aussage, Eingriffsnormen würden «die Anwendung des verwiesenen ausländischen Rechts ohne Rücksicht auf das konkrete Ergebnis seiner Anwendung» verdrängen,<sup>345</sup> ist es im vorliegenden Fall das ungewollte Ergebnis des Regelverweises und somit der Regelverweis selbst, der zur Qualifikation als Eingriffsnorm führt.<sup>346</sup>

Schutzlücken, die aus einem Regelverweis resultieren, können zur Notwendigkeit einer Sonderanknüpfung führen. Der Gesetzgeber selbst begründet z.B. die Sonderanknüpfung der Prospekthaftung (Art. 156 IPRG), d.h. eine mit dem Institut der Eingriffsnorm vergleichbare Ausnahme vom Regelverweis des Art. 154 IPRG, mit der *Unzulänglichkeit* eben dieser Kollisionsnorm: Primär komme für die Prospekthaftung zwar das Gesellschaftsstatut zur Anwendung. Der Regelverweis könne die Interessen der Erwerber der Beteiligungspapiere aber nicht automatisch ausreichend berücksichtigen. Aufgrund dieser potentiellen Unzulänglichkeit des Regelverweises sei der Prospekthaftung ein Ordre-public-Charakter zuzugestehen,<sup>347</sup> der ihre Sonderanknüpfung rechtfertige. Diese Überlegung ist auch auf das Institut der Eingriffsnorm zu übertragen.

Als weiteres Indiz für die Korrelation zwischen Regelverweis und Eingriffsnorm konnte bis Ende 2009 das Verbot der Familienfideikomisse (Art. 335 ZGB) gelten. Dieses wurde vor Inkrafttreten des IPRG, bei genügendem Sachverhaltsbezug zur Schweiz, über den Vorbehalt der Gesetzesumgehung durchgesetzt.<sup>348</sup> Aufgrund des Ausschlusses des Fiktionsvorbe-

<sup>343</sup> Botschaft UWG, BBl **2009** 6151, S. 6163; UWG-Begleichtsbericht, S. 10.

<sup>344</sup> BGer, Urt. v. 01.10.2009 (4A\_106/2009), E. 6.6.2.2: «Es ist auszuschliessen, dass der schweizerische Gesetzgeber dem Bund ein spezielles Klagerecht mit diesem Zweck einräumen, dieses aber gleichzeitig wirkungslos gestalten wollte [...]. Es handelt sich mithin beim Klagerecht nach Art. 10 Abs. 2 lit. c UWG um eine loi d'application immédiate im Sinne von Art. 18 IPRG.»

<sup>345</sup> BGer, a.a.O., E. 6.6.1.

<sup>346</sup> BGer, a.a.O., E. 6.6.2.2.

<sup>347</sup> Botschaft IPRG, BBl **1983** I 263, S. 443.

<sup>348</sup> BGE 108 II 398 E. 4 S. 403.

halts wurde daraufhin in den Materialien zum Trust-Übereinkommen<sup>349</sup> ausdrücklich die Möglichkeit erwähnt, das Familienfideikommissverbot als Eingriffsnorm anzuwenden, sollte seine Anwendung sichergestellt werden müssen – ein Vorschlag, der darauf zurückzuführen ist, dass der Fiktionsvorbehalt aufgegeben wurde und so die Durchsetzung des Familienfideikommissverbots nicht mehr gewährleistet war. Mittlerweile hat das Bundesgericht jedoch entschieden, dass Art. 335 ZGB nicht (mehr) als Eingriffsnorm zu qualifizieren sei.<sup>350</sup>

Auch in der deutschen Lehre finden sich zahlreiche Beispiele, die den Bezug zwischen Kollisions- und Eingriffsnormen belegen. Die Publizitätspflicht der Rechnungslegung für Zweigniederlassungen wird z.B. von EIDENMÜLLER und REHBERG als Eingriffsnorm bezeichnet, weil die Offenlegung über das Gesellschaftsstatut nicht gewährleistet sei.<sup>351</sup> Kriterium für die Anwendung einer Vorschrift als Eingriffsnorm ist in diesem Beispiel, dass ihr Schutzzweck über den Regelverweis nicht verwirklicht werden kann. In der deutschen Lehre wurde in der Tat lange Zeit die Meinung vertreten, es bedürfe keiner Eingriffsnormen im Gesellschaftsrecht, da das inländische Recht ohnehin über die Sitztheorie zur Anwendung komme.<sup>352</sup> Erst mit dem (zunächst noch auf europäische Gesellschaften<sup>353</sup> beschränkten) Übergang zur Gründungstheorie wird den Sonderanknüpfungen im Internationalen Gesellschaftsrecht grössere Beachtung geschenkt,<sup>354</sup> was wiederum darauf hindeutet, dass Eingriffsnormen *nicht* unabhängig vom Regelverweis eingreifen, sondern dass der Ruf nach Eingriffsrecht vielmehr mit der konkreten Unzulänglichkeit eines Regelverweises korreliert.

Zwecks Überprüfung dieser These wird nachfolgend anhand ausgewählter Beispiele aus Lehre und Rechtsprechung untersucht, ob es Vorschriften gibt, die ursprünglich als Eingriffsnormen zum Einsatz kamen, mittlerweile aber über einen seither entwickelten Regelverweis zur Anwendung

<sup>349</sup> Botschaft TrustÜ, BBl 2006 551, S. 564.

<sup>350</sup> BGE 135 III 614 E. 4.3.3 S. 622.

<sup>351</sup> EIDENMÜLLER/REHBERG, 452.

<sup>352</sup> EIDENMÜLLER–EIDENMÜLLER, § 3 Rz. 122.

<sup>353</sup> Es handelt sich um die Gesellschaften, die nach dem Recht eines EU-Mitgliedstaats gegründet wurden und die ihren satzungsmässigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung im Gebiet der EU haben.

<sup>354</sup> FRANZEN, 258.

gelangen und aus diesem Grund auf ihre Anwendung über Art. 18 IPRG verzichtet wird.<sup>355</sup>

Gemäss Art. 715 ZGB ist der «Vorbehalt des Eigentums an einer dem Erwerber übertragenen beweglichen Sache [...] nur dann wirksam, wenn er an dessen jeweiligem Wohnort in einem vom Betreibungsbeamten zu führenden öffentlichen Register eingetragen ist». Diese Vorschrift über die Registerpflicht des Eigentumsvorbehalts wird gemeinhin zum «Ordre public» in einem positiven, eingriffsrechtlichen Sinne gerechnet.<sup>356</sup> Mit Art. 102 und 103 IPRG kommt Art. 715 ZGB heute aber direkt über den Regelverweis des IPRG zur Anwendung. Eine Anwendung über Art. 18 IPRG ist somit nicht mehr nötig,<sup>357</sup> da Art. 715 ZGB ohnehin anwendbar ist. Die Qualifikation der Registerpflicht als Eingriffsnorm ist deshalb fraglich<sup>358</sup> und gem. der hier vertretenen Ansicht zu verneinen: Ihre Anwendung erfolgt nicht unabhängig vom verwiesenen Recht i.S.v. Art. 18 IPRG, sondern *wegen des Regelverweises*, sodass nicht von einer Anwendung als Eingriffsnorm die Rede sein kann – obwohl es sich um eine Bestimmung handelt, die zum positiven Ordre public gehört und die deshalb gem. h.L. und Rechtsprechung *unabhängig* vom verwiesenen Recht über Art. 18 IPRG zur Anwendung kommen müsste.

Ein weiteres Beispiel für eine ursprünglich als Eingriffsnorm bezeichnete Vorschrift, die aufgrund eines später eingeführten Regelverweises nicht mehr als solche angewendet wird, ist Art. 952 Abs. 2 OR über die Zweigniederlassungen von Unternehmen mit Sitz im Ausland. In der Literatur vor Inkrafttreten des IPRG wurde diese Bestimmung als *loi d'application immédiate* bezeichnet.<sup>359</sup> Heute kommt sie jedoch über Art. 160 Abs. 1 IPRG, kraft gesetzlicher Sonderanknüpfung, und *nicht* über

<sup>355</sup> A.A. MüKo Bd. 10–MARTINY, Art. 9 Rom-I-VO Rz. 41: Eingriffsnormen seien selbst dann gesondert anzuknüpfen, wenn sie Teil des verwiesenen Rechts sind.

<sup>356</sup> BGE 131 III 595 E. 2.3.2 S. 599; 106 II 197 E. 4 S. 199; BSK IPRG–MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 18 N 17a; SCHWANDER, Lois, 265 f.

<sup>357</sup> Vgl. zumindest implizit BGE 131 III 595 E. 2.3.2 S. 595: Der Registerpflicht wird Ordre-public-Charakter zugesprochen, was sich auf ihre Zugehörigkeit zum *positiven* Ordre public bezieht. Dennoch wird diese Vorschrift *nicht* über Art. 18 IPRG, sondern über Art. 102 IPRG zur Anwendung gebracht.

<sup>358</sup> GUILLAUME, 270 Anm. 684.

<sup>359</sup> SCHWANDER, Lois, 272.

Art. 18 IPRG zur Anwendung – obwohl diese Bestimmung in der Lehre weiterhin als *loi d'application immédiate* verstanden wird.<sup>360</sup>

Der Zusammenhang zwischen Eingriffsnormen und Kollisionsnormen wird auch vom Bundesgericht implizit bestätigt. Ist nicht auszuschliessen, dass das ausländische Recht den in Frage stehenden Schutzzweck gegebenenfalls selbst erfüllen kann, sieht das Bundesgericht «aus Praktikabilitätsgründen» von der Anwendung einer Bestimmung als Eingriffsnorm ab. So sei denn der Haftungsdurchgriff *nicht* als Eingriffsnorm zu qualifizieren, da sich die zwingende Anwendung des schweizerischen Rechts bei Durchgriffsfällen als «unpraktikabel» erweisen könnte, wenn die an sich berufene, dem Sachverhalt viel näher stehende Rechtsordnung, ein differenziertes Durchgriffssystem kenne.<sup>361</sup>

Die hiervor aufgeführten Beispiele deuten darauf hin, dass die abstrakte Qualifikation einer Vorschrift als Eingriffsnorm nicht möglich ist, da deren *Anwendung* als Eingriffsnorm vom Regelverweis abhängt, diese Anwendung ausserhalb des Regelverweises selbst aber ein Kriterium für die Qualifizierung einer Vorschrift als Eingriffsnorm darstellt. Die Anwendung «unabhängig vom bezeichneten Recht» (Art. 18 IPRG) bedeutet nach dem Gesagten nicht, dass der Regelverweis, d.h. das bezeichnete Recht, nicht zu beachten wäre; im Gegenteil ist die Formulierung «unabhängig vom bezeichneten Recht» so zu verstehen, dass *die Anwendung der Eingriffsnorm erfolgen kann, obwohl grundsätzlich eine Kollisionsnorm auf ein anderes Recht verweisen würde, sofern dieses verwiesene Recht den Schutzzweck der in Frage stehenden Bestimmung nicht erfüllt*. Wird der besondere Zweck einer Vorschrift aber bereits über den Regelverweis berücksichtigt, rechtfertigt sich ihre Anwendung als Eingriffsnorm über Art. 18 IPRG nicht mehr.<sup>362</sup>

<sup>360</sup> VOSER, 137.

<sup>361</sup> BGE 128 III 346 E. 3.1.4 S. 350; vgl. ROTH, Überseering, 125: Eine Sonderanknüpfung inländischer Gläubigerschutzvorschriften sei nur dann gerechtfertigt, wenn das Gründungsrecht den Gläubigerschutz nicht in hinreichender Weise sicherstelle.

<sup>362</sup> ZK-VISCHER, Art. 163a N 9; SCHWANDER, Lois, 212; CHK-SCHRAMM, IPRG 18 N 10: Wenn die mit der potenziellen Eingriffsnorm verfolgten Interessen bereits in der angewendeten Kollisionsnorm abschliessend berücksichtigt wurden, scheidet eine eingriffsrechtliche Qualifikation aus; vgl. MüKo Bd. 10 (4. Aufl.)–MARTINY, Art. 34 EGBGB Rz. 10: Die Frage nach Eingriffsnormen erübrige sich, wenn der Regelverweis bereits die Schutzinteressen berücksichtigt; ähnlich EIDENMÜLLER–EIDENMÜLLER, § 3 Rz. 122 und EIDENMÜLLER/REHBERG, 452.

**bb) Sachverhaltsbezug als Anwendungskriterium** Auch das Kriterium des Sachverhaltsbezugs beeinflusst die Anwendung einer Vorschrift als Eingriffsnorm.<sup>363</sup> Sind alle Elemente eines Sachverhalts im Inland gelegen, kommen alle zwingenden Normen des inländischen Gesetzgebers zur Anwendung. Je grösser aber der Bezug eines Sachverhalts zum Ausland ist, desto geringer werden das Interesse und die Notwendigkeit der Anwendung inländischer Eingriffsnormen. Wenn gar keine Sachverhaltselemente im Inland gelegen sind, kommen materiellrechtliche inländische Vorschriften in der Regel *nicht* zur Anwendung: Es besteht kein Anwendungsinteresse.<sup>364</sup> Der geringe Bezug des Sachverhalts zum Inland führt dazu, dass Gesetze, selbst wenn sie von fundamentaler Bedeutung sind, nicht in jedem Fall zur Anwendung gelangen.<sup>365</sup>

Ähnlich wie in Art. 19 IPRG überprüft das Bundesgericht somit auch bei inländischen Eingriffsnormen, ob ein «genügender Inlandbezug» gegeben ist.<sup>366</sup> Die Tatsache, dass eine «dem Sachverhalt viel näher stehende Rechtsordnung»<sup>367</sup> eine differenzierte Regelung in dem untersuchten Rechtsbereich kennt, findet bei der Frage nach der zwingenden Anwendung des schweizerischen Rechts Beachtung<sup>368</sup> und spricht dagegen. Dies belegt die Wichtigkeit des Kriteriums des engen Bezugs zwischen

<sup>363</sup> BGE 128 III 201 E. 1.b S. 205; ähnlich BÄR, 331; vgl. Botschaft IPRG, BBl **1983** I 263, S. 314 f. Als Beispiele für Eingriffsnormen werden das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland sowie arbeitsrechtliche Vorschriften erwähnt, die beide einen engen Bezug zur Schweiz aufweisen. Einmal geht es um den Erwerb *schweizerischer* Grundstücke, das andere mal um die Arbeitsbedingungen in Betrieben, die *in der Schweiz* liegen.

<sup>364</sup> MüKo Bd. 10–MARTINY, Art. 9 Rom-I-VO Rz. 109, 122 ff.

<sup>365</sup> BGE 128 III 201 E. 1.b S. 205: «Besondere Zurückhaltung ist geboten bei der ausnahmsweisen Anwendung [...] des positiven Ordre public im Fall, dass die zu beurteilende Sache praktisch keine Beziehung zur Schweiz hat.»; vgl. Botschaft TrustÜ, BBl **2006** 551, 565 (Hervorhebung hinzugefügt): Eines der Kriterien des Art. 18 IPRG ist, «dass die betreffende Norm von ihrem selbstdefinierten Geltungsbereich her auch auf ausländische Rechtsverhältnisse angewendet werden will, was im vorliegenden Fall wohl gegeben ist, wenn ein *genügender Bezug des betreffenden Trusts zur Schweiz* besteht»; s.a. KAHN, 222; vgl. EuGH, Urt. v. 09.11.2000 (Rs. C-381/98) – *Ingmar*, Slg. 2000, I-09305, Rz. 25.

<sup>366</sup> BGE 128 III 201 E. 1.d S. 207.

<sup>367</sup> BGE 128 III 346 E. 3.1.4 S. 350.

<sup>368</sup> Vgl. dazu BEHRENS, Konzernsachverhalte, 86.

Sachverhalt und inländischer Rechtsordnung für die Anwendung von Eingriffsnormen.<sup>369</sup>

Eine Eingriffsnorm ist nur anzuwenden, wenn der Sachverhalt auch einen ausreichenden Bezug zum Erlassstaat aufweist. Die Beantwortung der Frage, wann ein Sachverhalt in einem Territorium zu lokalisieren sei bzw. einen ausreichenden Bezug zu letzterem aufweise, muss im Einzelfall entschieden werden, abhängig von der in Frage stehenden Bestimmung. Die materiellen Interessen, die durch eine Norm geschützt werden, bestimmen dabei, ob ein Sachverhalt überhaupt von einer Norm erfasst wird. Der Regulierungsauftrag eines nationalen Gesetzgebers ist auf das Inland beschränkt; jede gesetzliche Intervention setzt somit einen minimalen *Binnenbezug* voraus.

Während die Inkorporation einer Gesellschaft im Ausland für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts ein ausreichend internationales Element darstellt, weil mit diesem Anknüpfungskriterium eine möglichst stabile Anknüpfung erreicht werden soll, kann eben dieses Element in einem anderen Zusammenhang, etwa bei der Frage der Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, völlig irrelevant sein. Für die Bestimmung des Binnenbezugs ist somit relevant, wann der Schutzzweck einer inländischen Norm auch in internationalen Verhältnissen sinnvollerweise eine Anwendung verlangt.<sup>370</sup> Soll ein Gesetz z.B. die Überfremdung des inländischen Bodens verhindern, muss es nur, aber immerhin dann zur Anwendung gelangen, wenn im *Inland* ein Grundstück durch einen Ausländer gekauft werden soll; jede andere Auffassung würde den Regelungsbereich des Gesetzes über den Willen des Gesetzgebers hinaus erweitern.

<sup>369</sup> Vgl. Cour de Cassation, Ch.com., Urt. v. 22. Oktober 2008, 07-15.823: Von der Anwendung einer inländischen Eingriffsnorm kann abgesehen werden, wenn die Parteien per Gerichtsstandsklausel ein ausländisches Gericht für zuständig erklären und keine zwingende inländische Zuständigkeit (und damit auch kein enger Sachverhaltsbezug zum Inland) gegeben ist.

<sup>370</sup> Vgl. BGer, Urt. v. 01.10.2009 (4A\_106/2009), E. 6.6.1: Die Durchsetzung als Eingriffsnorm liegt im öffentlichen Interesse, «soweit ein genügender Inlandbezug gegeben ist.»; vgl. CURRIES Governmental Interests-Theorie, dargestellt bei FLESSNER, 5: Die rechtspolitischen Zwecke eines Staats sollen bestimmen, ob die entsprechenden Normen auch bei internationalen Sachverhalten beachtet werden müssen. Liegt ein derartiges Anwendungsinteresse fest, wird die Norm vom Richter angewendet.

#### D) Eigener Ansatz: teleologische Auslegung von Art. 18 IPRG

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts müssen als Eingriffsnormen qualifizierte Bestimmungen *immer* und ohne Rücksicht auf das verwiesene Recht angewendet werden, da sonst «je nachdem die Norm der einen verwiesenen ausländischen Rechtsordnung anwendbar ist, jene einer andern jedoch nicht», was im Widerspruch dazu stünde, «dass die unmittelbar anwendbare Norm des schweizerischen Rechts einen eigenen räumlichen Anwendungsbereich hat und die allgemeine Kollisionsregel ausschaltet».<sup>371</sup> Das Bundesgericht erklärt das Rechtsinstitut der Eingriffsnorm somit aus sich selbst heraus: Eine Eingriffsnorm schalte den Regelverweis aus, weil dies sonst verkennen würde, dass Eingriffsnormen immer den Regelverweis ausschalten – ein Zirkelschluss, der Sinn und Zweck der Eingriffsnormen verkennet und vergessen lässt, dass es sich lediglich um ein *Mittel zur Verwirklichung eines Zwecks* handelt.

Eingriffsnormen sind nicht absolut in dem Sinne, dass sie – einmal identifiziert – immer anzuwenden wären; ihre Anwendung ist von den Umständen des Einzelfalls sowie vom Regelverweis abhängig.<sup>372</sup> Zwingend ist nicht die Anwendung, sondern vielmehr der *Schutzzweck* einer Eingriffsnorm.<sup>373</sup> Ist dieser erreicht, rechtfertigt sich auch ihre Anwendung nicht mehr.<sup>374</sup>

Der hier vertretene Ansatz mit seiner Konzentration auf den Schutzzweck der Normen wird durch all jene Gerichtsurteile bestätigt, bei denen über ein internationales Verhältnis befunden wird, die potentiell eingriffsnormrechtlichen Bestimmungen der *lex fori* aber über den Regelverweis zur

<sup>371</sup> BGE 128 III 201 E. 1.b S. 206.

<sup>372</sup> Vgl. GUILLAUME, 271, 282; s. hiervor aa) auf S. 71 und bb) auf S. 76.

<sup>373</sup> Ähnlich KAHN, 220: International zwingend ist der Schutzzweck einer Norm, nicht ihre konkrete Ausgestaltung.

<sup>374</sup> Siehe c) auf S. 70; vgl. die Diskussion über die umstrittene Frage, ob inländische Eingriffsnormen als Bestandteil des verwiesenen inländischen Rechts (Einheits- bzw. Kumulationslösung) oder über Art. 18 IPRG anzuwenden sind (Trennungslösung; s. z.B. MüKo Bd. 10–JUNKER, Art. 16 Rom-II-VO Rz. 18). Gemäss der hier vertretenen Auffassung ist der Kumulationslösung zu folgen. Eingriffsnormen verfolgen nicht das Ziel, zwingend zur Anwendung zu gelangen, sondern ihren Schutzzweck zu erfüllen. Sofern dies ohne Eingriff in den Regelverweis über letzteren erfolgen kann, sprechen Gründe der Rechtssicherheit und der Legalität (vgl. 1. auf S. 89) für die Anwendung der Eingriffsnorm als Bestandteil der verwiesenen Rechts und somit für die Kumulationslösung.



Anwendung gelangen. Kommt z.B. das Rechtsmissbrauchsverbot, welches gemäss Bundesgericht zu den Eingriffsnormen gehört<sup>375</sup> und deshalb grundsätzlich ohne Rücksicht auf das verwiesene Recht anzuwenden wäre, bereits über den Regelverweis zur Anwendung, so wird es vom Bundesgericht als *Bestandteil dieser lex causae* angewendet, und *nicht* als Eingriffsnorm,<sup>376</sup> obwohl das Rechtsmissbrauchsverbot als Eingriffsnorm gemäss h.L.<sup>377</sup> und Rechtsprechung über Art. 18 IPRG und eben nicht im Rahmen des verwiesenen Rechts hätte zur Anwendung gebracht werden müssen. Der besondere Zweck des Rechtsmissbrauchsverbots ist in diesen Konstellationen erfüllt, so dass es keinen Anlass mehr für eine Anwendung als Eingriffsnorm gibt. Zweck (*telos*) einer Eingriffsnorm ist nicht ihre Anwendung, sondern die Realisierung ihres Schutzzwecks.

Diese teleologische Auslegung des Art. 18 IPRG wird durch die grammatikalisch-vergleichende Auslegung bestätigt.

**a) Grammatikalisch-vergleichende Auslegung des Art. 18 IPRG** Gemäss Art. 18 IPRG bleiben Bestimmungen des schweizerischen Rechts vorbehalten, die wegen ihres besonderen Zwecks, unabhängig von dem durch das IPRG bezeichneten Recht, zwingend anzuwenden sind. «Vorbehalten bleiben» bedeutet, dass etwas offen gelassen wird, d.h. dass im konkreten Fall die Anwendung des verwiesenen Rechts trotz bestehenden Regelverweises nicht bedingungslos feststeht und u.U. eine andere Bestimmung zur Anwendung gelangen kann. Dabei besteht aber keine Pflicht, die vorbehaltene Bestimmung auch tatsächlich anzuwenden: Die Anwendung der in Frage stehenden Bestimmungen ist nicht zwingend, sondern bleibt eben «vorbehalten».

Entgegen der deutschen Marginalie geht es in Art. 18 IPRG nicht um die «zwingende Anwendung» schweizerischer Normen. In der Tat spricht der dem deutschen Wortlaut gleichwertige<sup>378</sup> französische Gesetzestext

<sup>375</sup> BGE 128 III 201 E. 1.c S. 207 f.

<sup>376</sup> Siehe z.B. BGE 130 III 462, wo schweizerisches Recht zur Anwendung kommt (E. 4.1 S. 467), und das Rechtsmissbrauchsverbot ohne eingriffsrechtliche Überlegung untersucht wird (E. 7.2.2 S. 474).

<sup>377</sup> SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, Rz. 274: «Die Anwendung der wirtschaftsrechtlichen *lex fori* stellt sich auch dort als besondere Frage, wo die international-privatrechtliche *lex causae* das inländische Sachrecht ist.»

<sup>378</sup> BGE 125 III 57 S. 58 E. 2.b.

nicht von einer «application impérative de dispositions»,<sup>379</sup> sondern von der «application de dispositions impératives».<sup>380</sup> Dies unterstützt somit die hier vertretene Auffassung, dass das zwingende Element bei den Eingriffsnormen nicht die *Anwendung* der Norm selbst, sondern vielmehr ihr *Schutzzweck* ist. Ist ihr Schutzzweck bereits über den Regelverweis erfüllt, ist die «disposition impérative» nicht mehr «d'application».

Der französische und der italienische Gesetzestext sehen zudem für Art. 18 und 19 IPRG, d.h. für *inländische und ausländische* Eingriffsnormen, die gleichen Formulierungen vor: Sowohl bei inländischen als auch bei ausländischen Eingriffsnormen ist von «dispositions impératives» bzw. von «norme d'applicazione necessaria» die Rede. Dies zeigt, dass die Präzisierungen «impératif» und «d'applicazione necessaria» noch nichts über die zwingende Anwendung der Bestimmungen aussagen, denn die Anwendung von ausländischen «dispositions impératives» kann für den inländischen Richter nicht zwingend sein. Auch unter den inländischen «dispositions impératives» sind somit nichtdispositive Vorschriften zu verstehen, deren zwingender Charakter sich nicht auf ihre Anwendung durch den Richter, sondern auf ihre Beachtung durch die Parteien bezieht.

Die Anwendung einer Bestimmung als Eingriffsnorm lässt sich nur dann rechtfertigen, wenn sie *geeignet*<sup>381</sup> ist, ihren Schutzzweck zu erfüllen, und wenn sich der Eingriff in den Regelverweis im Einzelfall als *erforderlich*<sup>382</sup> und *verhältnismässig*<sup>383</sup> erweist. Ob der besondere Zweck einer Norm ihre zwingende Anwendung erforderlich macht und begründen kann, ist eine Einzelfallentscheidung.<sup>384</sup>

<sup>379</sup> Zwingende Anwendung von Bestimmungen.

<sup>380</sup> Anwendung zwingender Bestimmungen. Dass zwingende Vorschriften nicht automatisch als Eingriffsnormen anzusehen sind, wurde zuletzt in BGE 135 III 614 E. 4.3.1 S. 619 klar bestätigt: Art. 335 ZGB sei «de droit impératif», aber keine Eingriffsnorm.

<sup>381</sup> Siehe b) auf der nächsten Seite.

<sup>382</sup> Siehe c) auf S. 82.

<sup>383</sup> Siehe d) auf S. 84.

<sup>384</sup> NEUMANN, 57: Soweit «ein Verstoß gegen den Zweck eines heimischen Gesetzes – also der ordre public in seiner positiven Funktion – in Rede steht, ist jeweils zu prüfen, wie weit tatsächlich im Einzelfall das heimische Gesetz eine unumschränkte Geltung erheischt.»; s.a. SCHNITZER, 234: «Alle Versuche einer Definition oder Aufzählung der einzelnen Tatbestände [der Eingriffsnormen] von vornherein sind verfehlt.»; ähnlich LOUSSOUARN/BOUREL/DE VAREILLES-SOMMIÈRES, 147; dies gilt so auch im europäischen Recht: Die generelle Sonderanknüpfung von Schutz-

**b) Geeignetheit zur Erreichung des Schutzzwecks** Die Anwendung einer Vorschrift als Eingriffsnorm muss durch einen «besonderen Zweck» gerechtfertigt werden (Art. 18 IPRG). Dies setzt voraus, dass die Gesetzesnorm auch zur Erreichung ihres Zwecks *geeignet* ist; kann ein Zweck nämlich nicht erreicht werden, rechtfertigt sich auch die zwingende Anwendung der Bestimmung nicht.<sup>385</sup>

Wohl ist es grundsätzlich nicht Aufgabe des Richters, über die Geeignetheit von Gesetzesbestimmungen zu richten.<sup>386</sup> Der Richter hat Gesetze anzuwenden, und eine rechtspolitische Fragwürdigkeit ist kein Grund, eine Norm nicht anzuwenden.<sup>387</sup> Liegt aber kein expliziter Anwendungsbefehl vor, und muss der Richter somit den etwaigen zwingenden Anwendungswillen einer Bestimmung durch Auslegung ermitteln, spielt es sehr wohl eine Rolle, ob diese Bestimmung überhaupt materiell geeignet erscheint, ihren Schutzzweck zu erfüllen,<sup>388</sup> da dieser sonst untergraben wird.<sup>389</sup> Dem Richter wird mit Art. 18 IPRG im Hinblick auf die Identifikation international zwingender Vorschriften eine Wirksamkeitsüberprüfung übertragen.

normbereichen ist wegen der europarechtlichen Vorgaben unzulässig (SCHNYDER, Zwingendes Wirtschaftsrecht, 93).

<sup>385</sup> Vgl. EBK, Verf. v. 30.09.1999 i.S. LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton, Paris & TAG Heuer International SA, Luxemburg, SZW 2000, 69–84, E. 3.d, wo die Anwendung der schweizerischen Übernahmeverordnungen auf eine Gesellschaft mit Sitz im Ausland u.a. von der Geeignetheit zur Erreichung des Schutzzwecks abhängig gemacht wird: «Die Anwendung und Einhaltung der Übernahmeverordnungen des Börsengesetzes [...] ermöglicht die Durchsetzung dieser Ziele [...]»; vgl. BGE 108 Ib 78 E. 3 S. 81 f. *e contrario*: Lässt sich eine Vorschrift «weder als untaugliches noch als unangemessenes Mittel zu dem damit verfolgten Zweck ausgeben [...] ist sie] als gesetzmässig anzusehen.»

<sup>386</sup> Vgl. HABERMEIER, 139, der die Vermischung des gesetzgeberischen Willens mit der realen Wirkung einer Norm als «fundamentales Dilemma des Sonderanknüpfungsdogmas» bezeichnet.

<sup>387</sup> EIDENMÜLLER–REHBERG, § 6 Rz. 115.

<sup>388</sup> Vgl. BGE 135 III 614 E. 4.3.3 S. 621: Aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber eine Verbotsvorschrift nicht konsequent ausgestaltet hat, sondern lediglich das in Frage stehende Verhalten für die Zukunft (bei gleichzeitiger Tolerierung der in der Vergangenheit entstandenen Situationen) verboten hatte, zieht das Bundesgericht den Schluss, dass die in Frage stehende Verbotsvorschrift keine Eingriffsnorm sei.

<sup>389</sup> Siehe das Beispiel des Anlegerschutzes in Anm. 309 auf S. 65.

**c) Erforderlichkeit des Eingriffs in den Regelverweis** Kriterium für die Anwendung einer Eingriffsnorm ist nicht die «Schutzwürdigkeit» eines durch den Sachverhalt betroffenen Interesses,<sup>390</sup> sondern vielmehr das Nicht-Erreichen des Schutzzwecks, d.h. die Erforderlichkeit eines Eingriffs in den Regelverweis zur Erreichung des Normzwecks.

Wird das Schutzziel einer Gesetzesnorm durch den Regelverweis bereits verwirklicht, ist ein Eingriff in die Kollisionsnorm nicht mehr zu rechtfertigen.<sup>391</sup> Der Regelverweis unterscheidet sich in nichts von regulären Gesetzesvorschriften, ist somit vom Richter zu befolgen<sup>392</sup> und darf nicht durch die exzessive Anwendung von Eingriffsnormen ausgehöhlt werden. Dies bedingt, dass der Regelverweis *immer* durchzuführen ist – ein Bruch mit der *a priori*-Anwendung der Eingriffsnormen.

Das Kriterium der Erforderlichkeit der Anwendung einer Vorschrift ist besonders dann relevant, wenn kein geschriebener Anwendungsbefehl des Gesetzgebers vorliegt und der Richter somit die Norm auslegen muss, um herauszufinden, ob diese über einen unbedingten Anwendungswillen verfügt. Ist ein Eingriff nicht vonnöten, weil der Schutzzweck bereits erfüllt ist, kann die Bestimmung auch kein Anwendungsinteresse haben.<sup>393</sup> Der zu weite Wortlaut des Art. 18 IPRG ist somit im Rahmen einer teleologischen Reduktion<sup>394</sup> auf die *ratio legis* der Vorschrift zu beschränken. Eine

<sup>390</sup> Siehe a) auf S. 62.

<sup>391</sup> CHK–SCHRAMM, IPRG 18 N 10: «Wenn die mit der potenziellen Eingriffsnorm verfolgten Interessen bereits in der angewendeten Kollisionsnorm abschliessend berücksichtigt wurden, scheidet eine eingriffsrechtliche Qualifikation aus.»; s.a. BGE 130 III 620 E. 3.5.2 S. 631 in Bezug auf Art. 19 IPRG: «Die Vorinstanz hat den Ausnahmecharakter und den Zweck von Art. 19 IPRG verkannt, indem sie von der dort vorgesehenen Ermächtigung zur Berücksichtigung einer drittstaatlichen Eingriffsnorm Gebrauch machte, obwohl das schweizerische Recht die damit verfolgten Interessen bereits berücksichtigt und zu deren Durchsetzung Institute und Mittel zur Verfügung stellt, die dem von der Eingriffsnorm verfolgten Zweck entsprechen.»

<sup>392</sup> BGE 118 II 79 E. 3 S. 82; SCHWANDER, Lois, 338; VOSER, 282.

<sup>393</sup> Auch im Europarecht wird für die Rechtfertigung eines Eingriffs in die Grundfreiheiten auf das Kriterium der Erforderlichkeit abgestellt: «Die zuständigen Behörden des Aufnahmemitgliedstaats müssen daher feststellen, ob und, wenn ja, inwieweit, die Anwendung einer nationalen Regelung, die einen Mindestlohn vorschreibt, auf ein solches Unternehmen erforderlich [...] ist, um den Schutz der betroffenen Arbeitnehmer sicherzustellen (EuGH, 15.03.2001 (Rs. C-165/98) – *Mazzoleni*, Slg. 2001, I-2189).

<sup>394</sup> Vgl. BSK ZGB I–HONSELL, Art. 1 N 35.

derartige teleologische Reduktion gehört zum richterlichen Kompetenzbereich und stellt keine unzulässige berichtigende Rechtsschöpfung dar. Wo der zu weit gefasste Wortlaut durch zweckgerichtete Interpretation eine restriktive Deutung erfährt, liegt legitime Gesetzesauslegung vor.<sup>395</sup>

Die Entscheidung über die kollisionsrechtliche Erforderlichkeit der Anwendung einer Bestimmung als Eingriffsnorm kann in der Praxis zu Schwierigkeiten führen.<sup>396</sup> Den Beweis der Praxistauglichkeit solcher Äquivalenztests liefert aber die EU-Rechtsprechung.<sup>397</sup> Es ist somit stets der Regelverweis durchzuführen und das verwiesene Recht darauf hin zu überprüfen, ob es die vom Inland verfolgten Ziele nicht gleich oder gar besser verwirklichen kann.<sup>398</sup>

Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass jedes Recht ausreichende Schutzvorschriften vorsieht.<sup>399</sup> Gesondert soll nur angeknüpft werden, wofür es im Hinblick auf den Norminhalt keine begründete Erwartung der annähernden Äquivalenz in einer fremden Rechtsordnung geben kann.<sup>400</sup>

Die Erforderlichkeit im kollisionsrechtlichen Sinne als Voraussetzung für die Anwendung einer Vorschrift als Eingriffsnorm wird von einem Teil der Lehre zumindest implizit anerkannt. So werden die zwingenden Normen des Gesellschaftsrechts *nicht* zu den international zwingenden Vorschriften i.S.d. Art. 18 IPRG gezählt, weil die Sonderanknüpfung des Art. 159 IPRG dem gutgläubigen Dritten bereits einen direkten Haftpflichtanspruch gegenüber den haftenden Gesellschaftsorganen ge-

<sup>395</sup> BGE 121 III 219 E. 1.d.aa S. 226.

<sup>396</sup> KINDLER, Abgrenzung, 512 f.; KIENZL, 183; UNGAN, 370.

<sup>397</sup> Vgl. EuGH, 18.01.1979 (Rs. C-110+111/78) – *van Wesemael*, Slg. 1979, 35, Leitsatz 3; EuGH, Ur. v. 20.02.1979 (Rs. C-120/78) – *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649, Leitsatz 3.

<sup>398</sup> ZK-VISCHER, Art. 18 IPRG N 7; SCHWANDER, Lois, 42; 305; 315; ähnlich BUCHER/BONOMI, 130 f. Rz. 486: «Le respect de certaines règles d'ordre public ne doit parfois pas nécessairement être assuré par l'art. 18, dans la mesure où ces règles peuvent s'effacer devant des règles similaires ou pour le moins compatibles de la loi étrangère en principe applicable.» Siehe auch SCHWANDER, IPR-AT, Rz. 524: Es empfehle sich immer, «zunächst das ordentlicherweise anwendbare Recht festzustellen», denn eine loi d'application immédiate erkenne man oft erst richtig, wenn man sie dem ansonsten anwendbaren ausländischen Recht gegenüberstelle.

<sup>399</sup> GmbHG-Kommentar-BEHRENS, Allg. Einl. Rz. B 85.

<sup>400</sup> BÄR, 219; dies gilt etwa für technische Schutzbestimmungen; vgl. FETSCH, 45; ähnlich SCHWANDER, Lois, 212.

währt,<sup>401</sup> was eine Schutzlücke ausschliesst. Die Tatsache, dass der Schutz einer betroffenen Personengruppe bereits über eine Sonderanknüpfung gewährleistet ist, schliesst somit das Vorliegen einer international zwingenden Vorschrift i.S.d. Art. 18 IPRG aus.

Die Anwendung von Eingriffsnormen ist im Ergebnis nur dann erforderlich, wenn der Sachverhalt auch ein materielles Schutzbedürfnis aufweist.

**d) Verhältnismässigkeit des Eingriffs in den Regelverweis** Die Anwendung einer Eingriffsnorm ist nur dann angebracht, wenn diese Massnahme (Eingriff in den Regelverweis) auch verhältnismässig erscheint.<sup>402</sup> Das kollisionsrechtliche Verweisungsergebnis ist soweit wie möglich zu befolgen.<sup>403</sup> Wird das Schutzziel jedoch nicht über den Regelverweis erreicht, ist eine Abwägung zwischen einerseits dem Interesse an der Rechtsanwendungssicherheit – d.h. an der Durchsetzung des Regelverweises bzw. der Einheitsanknüpfung – und andererseits dem Interesse am Erreichen des Schutzziels bzw. der Schutzbedürftigkeit des Sachverhalts durchzuführen, unter Berücksichtigung des Sachverhaltsbezugs.

Die Rechtssicherheit, welche durch die Beachtung des Regelverweises erreicht werden kann, ist ein Entscheidungsfaktor für den Richter.<sup>404</sup> Dies sollte dazu anregen, Eingriffsnormen nur dann anzunehmen, wenn das Interesse am Eingriff in den Regelverweis schwerer wiegt als die Vorteile der Rechtssicherheit, die sich mit der konsequenten Anwendung der Kollisionsnormen einstellt. Die restriktive Anwendung von Eingriffsnormen führt in der Tat zu einer verstärkten Rechtssicherheit, da sie dem Regelverweis, wann immer möglich, zur Anwendung verhilft. Rechtssicherheit ergibt sich nicht aus der Zementierung einer Ausnahme vom

<sup>401</sup> BSK IPRG–VON PLANTA/EBERHARD, Art. 154 N 18.

<sup>402</sup> Siehe dazu die in Anm. 385 auf S. 81 zitierten Entscheide. Vgl. für das Kriterium der Verhältnismässigkeit in Bezug auf Art. 19 IPRG BGE 131 III 481 E. 3.2.2 S. 428.

<sup>403</sup> Kollisionsnormen sind für den Richter Gesetzesvorschriften wie andere auch und müssen von ihm beachtet werden; s. BGE 118 II 79 E. 3 S. 82; SCHWANDER, Lois, 338; VOSER, 282.

<sup>404</sup> BGE 107 II 404 E. 2.b S. 405.

Regelverweis,<sup>405</sup> d.h. der konsequenten Anwendung von Eingriffsnormen, sondern vielmehr aus der grösstmöglichen Anwendung des Regelverweises. Diese teleologische Beschränkung des Instituts der Eingriffsnorm vergrössert nicht die Rechtsunsicherheit, sondern verkleinert sie: Sie enthält in Wahrheit eine Rückkehr zur sicheren, geschriebenen Rechtsregel.<sup>406</sup>

**e) Einheitskriterien für Eingriffsnormen?** *De facto* gelten sowohl für inländische als auch für ausländische, drittstaatliche Eingriffsnormen vergleichbare Anwendungskriterien.

Die Anwendungskriterien des *Zwecks* und des *zwingenden Anwendungswillens* sind sowohl in Art. 18 als auch in Art. 19 IPRG enthalten und deckungsgleich. Das Kriterium der *nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerten und offensichtlich überwiegenden Interessen (einer Partei)* ist zwar nur in Art. 19 IPRG erwähnt, bei schweizerischen Normen aber ohnehin immer als erfüllt zu betrachten: Vorschriften des schweizerischen Gesetzgebers stimmen notwendigerweise mit der schweizerischen Rechtsauffassung überein und beinhalten bereits eine Interessenabwägung, welche die überwiegenden Interessen berücksichtigt. Auch das Kriterium der *sich aus der Berücksichtigung der Eingriffsnorm ergebenden Folgen* wird nur in Art. 19 IPRG erwähnt, bei inländischen Eingriffsnormen jedoch über die Kontrolle der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismässigkeit ihrer Anwendung sichergestellt, die sich aus ihrem besonderen Zweck ergibt. Das Erfordernis des *engen Zusammenhangs zwischen Sachverhalt und Erlassstaat* schliesslich ist auch bei inländischen Eingriffsnormen eine (ungeschriebene) Anwendungsvoraussetzung:<sup>407</sup> Der besondere Zweck einer Norm kann nur dann eine zwingende Anwendung verlangen, wenn er auch betroffen ist, was vom Sachverhaltsbezug abhängt.

Die Berücksichtigungskriterien des Art. 19 IPRG können somit auch zur Auslegung der Anwendungskriterien für Eingriffsnormen der *lex causae* herbeigezogen werden.

<sup>405</sup> So aber SCHURIG, 846: Aus Gründen gleichmässiger, berechenbarer Rechtsanwendung solle zwingendes Recht immer angewendet werden, ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Schutzlücke.

<sup>406</sup> NEUMANN, 70 f.

<sup>407</sup> Siehe bb) auf S. 76.

**f) Qualifizierung und Anwendung als zweistufiges Verfahren** Die Relativität der Eingriffsnormen<sup>408</sup> führt dazu, dass eine als Eingriffsnorm bezeichnete Bestimmung nicht immer zur Anwendung kommt. Qualifizierung und Anwendung von Eingriffsnormen sind somit zu trennen.

Zum einen bedeutet die Tatsache, dass eine Bestimmung nicht über Art. 18 IPRG, sondern über eine geschriebene Sonderanknüpfung bzw. einen Regelverweis zur Anwendung kommt, noch nicht, dass sie nicht trotzdem aufgrund ihres Inhalts als Eingriffsnorm zu qualifizieren wäre, wenn es für den konkreten Sachverhalt keinen speziellen Regelverweis geben würde. Hier werden Normen nicht als Eingriffsrecht angewendet, obwohl sie als solches zu qualifizieren wären.

Zum anderen gibt es neue Rechtsfragen, die, obwohl keine Sonderanknüpfung für sie vorgesehen ist und obwohl sie nicht von fundamentaler Relevanz für das Gemeinwohl sind, trotzdem zu einer Schutzlücke führen. Wäre das IPRG erst nach ihrer Identifikation erlassen worden, wäre wohl auch für sie eine Sonderanknüpfung vorgesehen worden.<sup>409</sup> Da dies aber nicht der Fall ist, müssen diese Rechtsfragen gesondert behandelt werden, was im Bereich des Gesellschaftsrechts nur über das Institut der Eingriffsnorm möglich ist.<sup>410</sup> Hier werden Vorschriften als Eingriffsrecht angewendet, obwohl sie materiell gesehen nicht als solches zu qualifizieren wären.

Die Frage der Qualifizierung einer Eingriffsnorm ist somit zu trennen von der Frage ihrer Anwendung als Eingriffsnorm.<sup>411</sup> Damit derartige Vorschriften als Bestimmungen im Sinne von Art. 18 IPRG zur Anwendung gelangen können, muss sich auch ihre *Anwendung* durch das Vorliegen einer konkreten Schutzlücke im verwiesenen Recht als notwendig erweisen. Die Qualifikation einer Eingriffsnorm unabhängig von der Frage ihrer

<sup>408</sup> Siehe c) auf S. 70.

<sup>409</sup> Ob das Internationale Privatrecht für einen Sachverhalt eine Kollisionsnorm vorsieht, ist nur bedingt auf dessen Systematik oder Bedeutung zurückzuführen, sondern hängt u.a. auch von den Gegebenheiten zur Zeit der Rechtssetzung ab. Das IPRG ist nicht systematisch gewachsen, sondern enthält i.d.R. Antworten auf jene Fragen, die sich bisher gestellt haben. Die Sonderanknüpfungen der Art. 156 ff. IPRG existieren, weil sich in diesen Bereichen bereits vor Erlass des IPRG die Notwendigkeit von gesonderten Anknüpfungen erwiesen hatte. Daraus darf jedoch kein Schluss über ihre Bedeutung gezogen werden.

<sup>410</sup> Siehe 2. auf S. 4.

<sup>411</sup> VOSER, 151.



Anwendung, d.h. unabhängig vom Einzelfall, führt somit ins Leere und ist nicht weiter zu verfolgen. Es wird eine künstliche Unterscheidung getroffen, die nicht zu mehr Rechtssicherheit beiträgt.

**g) Kollisionsrechtliche Beschreibung der Anwendung von Eingriffsnormen als Alternative zu einer Definition** Eingriffsnormen können nach dem Gesagten nicht abstrakt aufgrund der durch sie geschützten Interessen definiert werden; möglich ist einzig die Beschreibung ihrer Anwendung.

Von der *Anwendung einer Bestimmung als Eingriffsnorm* wird vorliegend dann gesprochen, wenn ein Rechtssatz bei der Regelung internationaler Privatrechtsverhältnisse aufgrund seines nicht-dispositiven Schutzzwecks, in Anbetracht der Unzulänglichkeit des Verweisungsergebnisses, zur Realisierung des Schutzzwecks *auf eine andere Weise als durch den Regelverweis* zur Anwendung gelangt, was voraussetzt, dass der Rechtssatz zur Erreichung seines Schutzzwecks geeignet ist und sich der Eingriff in den Regelverweis als erforderlich und verhältnismässig erweist.

**h) «Eingriffsrichtlinie» als teleologische Auslegung des Art. 18 IPRG** Eingriffsnormen werden von den Gerichten nicht immer angewendet. Ihre Anwendung hängt u.a. auch von der Erreichung des Schutzzwecks über den Regelverweis ab.<sup>412</sup>

Um diesem Eingriff von Fall zu Fall gerecht zu werden, wird vorliegend für diese Interpretation des Art. 18 IPRG der Ausdruck *Eingriffsrichtlinie* vorgeschlagen: Die Norm ist hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, schreibt jedoch nicht die Wahl der Form und der Mittel vor.<sup>413</sup> Der Schutzzweck der Norm sollte primär über den Regelverweis

<sup>412</sup> Siehe aa) auf S. 71.

<sup>413</sup> Vgl. Art. 288 Abs. 3 AEUV (ex Art. 249 Abs. 3 EGV). SCHWANDER, Lois, 285, spricht in diesem Zusammenhang von «halben» lois d'application immédiate. Ähnlich wohl KINDLER, der den Handelsvertreterausgleich als Eingriffsnorm bezeichnet und diesen Schutz gleichwohl als *Mindeststandard* versteht (EBENROTH et al.–KINDLER, Anhang Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträge im Internationalen Privatrecht Rz. 13 ff.). Vgl. auch FRANCESKAKIS, Renvoi, 31, der in diesem Zusammenhang von einem «principe souple» im Sinne von einem Mindestgehalt spricht, im Gegensatz zu einem «principe limite», wo nur die exakte Anwendung der Norm tolerierbar ist.

verwirklicht werden; ist dies nicht möglich, und erweist sich der Eingriff in den Regelverweis als erforderlich und verhältnismässig, kann die Anwendung über Art. 18 IPRG erfolgen.<sup>414</sup>

#### IV. Eingriffsnormen als Korrektiv zur Inkorporationstheorie

Das schweizerische Recht sieht verschiedene Möglichkeiten vor, um die Inkorporationstheorie bzw. ihre Auswirkungen einzuschränken. Im Ergebnis steht jedoch nur Art. 18 IPRG als Korrekturinstrument zur Verfügung: Die Anwendung der Ausnahmeklausel ist im Internationalen Gesellschaftsrecht aufgrund der inkorporationstheoriebedingten Rechtswahl nicht möglich,<sup>415</sup> und auch der Regelungsgedanke des Art. 1 ZGB stark eingeschränkt.<sup>416</sup> Das Rechtsmissbrauchsverbot kann nicht zum Tragen kommen, da das Ausnutzen kollisionsrechtlich gewährter Freiheiten im Gesellschaftsrecht keinen Missbrauch darstellt.<sup>417</sup> Die Vorbehaltsklausel hat eine hohe Eingriffsschwelle, die im Internationalen Gesellschaftsrecht nur schwer erreicht wird und somit die Vorbehaltsklausel als geeignetes Schutzmittel für die Interessen der einer Gesellschaft gegenüberstehenden Personen ausschliesst.<sup>418</sup> Richterrechtliche Sonderanknüpfungen wiederum sind im Internationalen Gesellschaftsrecht nur im Rahmen des Gesetzes möglich.<sup>419</sup> Dieser gesetzliche Rahmen beschränkt sich nach dem Gesagten auf Art. 18 IPRG.

Art. 18 IPRG verlangt für die Anwendung von Eingriffsnormen zunächst einen «besonderen Zweck». Diese Zweckorientiertheit der Eingriffsnormen bedingt, dass ihre Anwendung nicht um ihrer selbst Willen erfolgen darf,<sup>420</sup> sondern geeignet sein muss, um den angestrebten Zweck auch erfüllen zu können. Zudem impliziert der besondere Zweck auch, dass die Anwendung einer Eingriffsnorm erforderlich und verhältnismässig sein muss. Ein erfüllter Zweck kann die Anwendung einer Norm über Art. 18 IPRG nicht mehr rechtfertigen.

<sup>414</sup> Siehe V. auf S. 156.

<sup>415</sup> Siehe B) auf S. 43.

<sup>416</sup> Siehe B) auf S. 50.

<sup>417</sup> Siehe 6. auf S. 46.

<sup>418</sup> Siehe 5. auf S. 45.

<sup>419</sup> Siehe 7. auf S. 47.

<sup>420</sup> So auch LANZIUS, 302.

### **§ 3 Vorgaben für die Einschränkung der Inkorporationstheorie und des Gesellschaftsstatuts**

Eingriffsnormen sollen die Durchsetzung einer nationalen Politik gewährleisten, Kollisionsnormen hingegen die internationalprivatrechtlichen Beziehungen fördern; hier stehen sich zwei Gegensätze gegenüber. Die Theorie der Eingriffsnormen birgt die Gefahr einer übermässigen Anwendung der inländischen Rechtsordnung und legt die Versuchung nahe, den Wirkungskreis des Inlandrechts weit über seine natürlichen und notwendigen Grenzen hinaus zu erstrecken,<sup>421</sup> was im Gegensatz zur staatlichen Aufgabe der Förderung internationalprivatrechtlicher Beziehungen<sup>422</sup> steht. Ein solcher extensiver Einsatz von Eingriffsnormen würde das Kollisionsrecht ausschalten und zur Auflösung des Internationalen Privatrechts führen.<sup>423</sup>

Der Richter hat es deshalb nicht in der Hand, mit Hilfe der Theorie der Eingriffsnormen das Inlandrecht nach Gutdünken anzuwenden. Es bestehen verschiedene Vorgaben für die Beschränkung des Gesellschaftsstatuts durch Eingriffsnormen. Eingeschränkt wird die Anwendung der Eingriffsnormen durch nationale und internationale Vorschriften und Prinzipien.<sup>424</sup>

#### **I. Nationale Schranken und Vorgaben**

##### **1. Rechtssicherheit und kollisionsrechtliche Überlegungen**

Die Kollisionsnormen des IPRG unterscheiden sich bezüglich ihrer Rechtsverbindlichkeit nicht von anderen Rechtssätzen: Sie sind als Gesetzesnormen vom Richter zu beachten.<sup>425</sup> Er darf sich nicht anmassen, in die

<sup>421</sup> KAHN, 247.

<sup>422</sup> MEILI, 244.

<sup>423</sup> DASSER, *Ordre public*, 44.

<sup>424</sup> Es handelt sich um *exogene* Vorgaben, die sich nicht direkt aus Art. 18 IPRG selbst ergeben, weshalb die Behandlung in einem neuen Kapitel erfolgt.

<sup>425</sup> BGE 118 II 79 E. 3 S. 82; SCHWANDER, *Lois*, 338; VOSER, 282.

Rolle des Gesetzgebers zu schlüpfen und unpassende Kollisionsnormen anzupassen.

Die Bindung des Richters an Recht und Gesetz impliziert, dass er Kollisionsnormen, wo es solche gibt, zu beachten hat.<sup>426</sup> Mit anderen Worten dürfen Eingriffsnormen nur sehr begrenzt eingesetzt werden, da eine extensive Anwendung einer Missachtung der Regelverweise gleichkommen und die Rechtssicherheit beeinträchtigen würde.<sup>427</sup> Normen mit explizitem Anwendungsbefehl, d.h. durch das Gesetz bezeichnete Eingriffsnormen, hat der Richter zwar ebenfalls zu beachten<sup>428</sup> und ihnen Vorrang vor den Kollisionsnormen zu geben. Wenn den Richter aber kein ausdrücklicher Befehl zur Anwendung einer Eingriffsnorm verpflichtet, muss er sich bei Vorliegen eines Regelverweises mit der Anwendung von Eingriffsnormen umso mehr zurückhalten, als er den Regelverweis grundsätzlich zu beachten hat. Er darf international zwingenden Normen nur einen sehr begrenzten Spielraum zukommen lassen, da sonst die Rechtsentwicklung wieder in die Anfangszeit des Internationalen Privatrechts zurückgeworfen würde, wo die Parteiautonomie durch einfaches zwingendes Recht beschränkt wurde.<sup>429</sup>

Dies gilt insbesondere für ein Rechtsgebiet wie das Internationale Privatrecht, welches erst seit 1989 gesetzlich geregelt ist. Der Gesetzgeber hat im IPRG verschiedene Sonderanknüpfungen vorgesehen, die spezielle Interessen wie etwa den Anleger- oder den Gläubigerschutz berücksichtigen und so die Auswirkungen der Inkorporationstheorie begrenzen. Überall dort aber, wo keine Sonderanknüpfungen vorgesehen sind, muss grundsätzlich das Gesellschaftsstatut zur Anwendung gelangen.<sup>430</sup> Die Qualifikation einer Bestimmung des schweizerischen Rechts als Eingriffsnorm könnte nicht mehr auf Art. 18 IPRG abgestützt werden, wenn dadurch der Regelverweis des Art. 154 IPRG ausgehöhlt würde.<sup>431</sup> Dies wäre keine Rechtsanwendung mehr durch den Richter, sondern Rechtsanpassung, welche dem Gesetzgeber vorbehalten ist. Aus diesem

<sup>426</sup> VON SAVIGNY, 26.

<sup>427</sup> MEIER, 205; s.a. SCHNYDER, FS Ansay, 397: Es ist so lange statutsgehörig anzuknüpfen, wie nicht eindeutig eine Eingriffsnorm vorliegt.

<sup>428</sup> BGE 118 II 79 E. 3 S. 82; FETSCH, 70.

<sup>429</sup> MARTINY, FS Heldrich, 923.

<sup>430</sup> Ähnlich WELLER, 203.

<sup>431</sup> Vgl. BGE 128 I 113 E. 3.c S. 121: Ausnahmen von der Anwendung eines Satzes müssen sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen.

Grund kann nur subsidiär auf die Qualifikation einer Bestimmung als Eingriffsnorm zurückgegriffen werden.<sup>432</sup>

Die Inkorporationstheorie fördert die Planungssicherheit der Gesellschaftsgründer und Geschäftsführer, da diese von Anfang an wissen, welchen Regeln sie unterstellt sind. Dieser Vorteil der Inkorporationstheorie würde relativiert, wenn Eingriffsnormen häufig zur Anwendung kämen.<sup>433</sup> Die einzelstaatlichen Rechte sind oftmals austauschbar, und gerade bei der Rechtsmaterie des Gesellschaftsrechts, die international vergleichbare Grundsätze aufweist, dürfte überall ein in etwa gleichwertiger Schutz der Beteiligten herausgewachsen sein, mit dem Resultat, dass allenfalls vorhandene geringfügige Abweichungen es nicht rechtfertigen, die parteiautonome Rechtssicherheit einzuschränken.

Gegen eine extensive Anwendung von Eingriffsnormen spricht auch das Interesse an einer möglichst weiten Anwendung des Gesellschaftsstatuts. Dessen Einheitlichkeit ist zwar lediglich *ein* Beurteilungsfaktor unter vielen, der nur so weit reichen kann, wie er im Einzelfall tatsächlich zu einem besseren Ergebnis führt.<sup>434</sup> Ein einheitliches Gesellschaftsstatut bringt aber bedeutende Vorteile mit sich,<sup>435</sup> da es zu Sicherheit im Rechtsverkehr führt<sup>436</sup> und eine kohärente Rechtsanwendung ohne die Risiken des Normenmangels und der Normenhäufung ermöglicht. Um widersprüchliche Verhaltensweisen zu vermeiden, sollte die *lex causae* möglichst umfassend zur Anwendung gebracht werden,<sup>437</sup> und auf die Anwendung von Eingriffsrecht soweit wie möglich verzichtet werden.

Bei unterschiedlicher internationalprivatrechtlicher Anknüpfung der Gläubigerschutznormen bestünde beispielsweise die Gefahr, dass aufeinander abgestimmte, zusammengehörige Regelungen auseinandergerissen

<sup>432</sup> Vgl. BGE 128 III 346 E. 3.1.4 S. 350: Das Bundesgericht verneinte *i.c.* die Qualifikation des Haftungsdurchgriffs als Eingriffsnorm mit der Begründung, dass primär das verwiesene Recht anzuwenden sei und notfalls – wenn das berufene ausländische Recht keine Durchgriffshaftung kenne – der negative *Ordre public* greifen könnte. Wenn somit feststeht, dass ein Resultat (Schutz der Gläubiger) auch über ein anderes Mittel erreicht werden kann, gibt es keinen Platz für die Anwendung einer Bestimmung als Eingriffsnorm.

<sup>433</sup> BGE 117 II 494 E. 7 S. 501 f.

<sup>434</sup> SCHWANDER, Lois, 324.

<sup>435</sup> MEIER, 208; GmbHG-Kommentar-BEHRENS, Allg. Einl. Rz. B 58.

<sup>436</sup> Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 441; SCHNYDER/LIATOWITSCH, 46.

<sup>437</sup> SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, Rz. 11.

würden.<sup>438</sup> Parteischutznormen sind mit den anderen Vorschriften zur Regelung des Privatrechtsverhältnisses untrennbar verbunden und somit als Teil des verwiesenen Rechts anzuwenden.<sup>439</sup> Ausnahmen vom Geltungsbereich des Gesellschaftsstatuts (etwa durch Eingriffsnormen) sollten deshalb nur so weit erfolgen, wie es gesellschaftspolitische Zielsetzungen eines Staats oder die Interessen der mit einer Gesellschaft in Beziehung tretenden Personen dringend verlangen.<sup>440</sup>

Ein weiteres Argument für die restriktive Anwendung von Eingriffsnormen ist die Entscheidungsharmonie, die durch Eingriffsrecht zerstört wird: Die Lokalisierung von Sachverhaltselementen in einer anderen Rechtsordnung, beispielsweise nach Verlegung des Verwaltungssitzes einer Gesellschaft in ein anderes Land, soll wenn immer möglich nicht zu einem Wechsel der anwendbaren Vorschriften führen. Der internationale Handels- und Wirtschaftsverkehr würde stark erschwert,<sup>441</sup> wenn Gesellschaften bzw. deren Geschäftsführer unterschiedlichen Regeln unterworfen wären, je nachdem, in welchem Land sie geschäftliche Aktivitäten durchführen. Eingriffsnormen führen aber genau zu diesem Ergebnis, da sie an die Lokalisierung eines Sachverhaltselements im Inland anknüpfen und ihr Inhalt nicht austauschbar ist.<sup>442</sup> Jede Relokalisierung eines relevanten Anknüpfungspunkts würde so zu einer neuen rechtlichen Beurteilung führen.

Im Ergebnis sprechen das Legalitätsprinzip, die Rechtssicherheit, die berechtigten Parteierwartungen, der Grundsatz der Einheit des Gesellschaftsstatuts, die Gefahr der Normenhäufung und des Normenmangels sowie der Vorteil der internationalen Entscheidungsharmonie für einen möglichst restriktiven Einsatz von Eingriffsnormen.

<sup>438</sup> ZIMMER, IntGesR, 293; HABERMEIER, 153 f.

<sup>439</sup> VOSER, 58 f.

<sup>440</sup> Botschaft IPRG, BBl **1983** I 263, S. 441.

<sup>441</sup> SCHNYDER/LIATOWITSCH, 46.

<sup>442</sup> Ähnlich wie das Postulat der Einheit des Gesellschaftsstatuts ist aber auch die Entscheidungsharmonie kein absoluter Wert. Je höher der rechtspolitische Wunsch an der Durchsetzung des als richtig empfundenen Rechts ist, desto weniger steht die Aufgabe der Entscheidungsharmonie dem im Wege; vgl. BÄR, 179.

## 2. Binnenbezug des Sachverhalts als Anwendungskriterium

Der ausreichende Binnenbezug eines Sachverhalts zur Schweiz ist Bedingung für die Anwendung inländischer Eingriffsnormen.<sup>443</sup> Fehlt der Bezug zur Schweiz, besteht auch kein Interesse an der Regelung des Sachverhalts,<sup>444</sup> da der Regelungsauftrag des Gesetzgebers auf das Inland beschränkt ist.

## 3. Wirtschaftsfreiheit

Art. 27 BV gewährleistet die Wirtschaftsfreiheit. Sie umfasst unter anderem den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung.<sup>445</sup> Das Herkunftsland-Prinzip der Inkorporationstheorie kann als Ausdruck dieses Grundgedankens gesehen werden,<sup>446</sup> der sich auch in der Präambel der Bundesverfassung mit dem Bestreben, «Offenheit gegenüber der Welt zu stärken» sowie in Art. 52 Abs. 2 BV<sup>447</sup> und Art. 94 Abs. 3 BV mit dem Appell an Bund und Kantone, «im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für günstige Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft» zu sorgen, wiederfindet. Gewissen Normen des internationalen Wirtschaftsrechts kommt funktional eine der Wirtschaftsfreiheit vergleichbare Funktion zu.<sup>448</sup> Dies gilt nach der hier vertretenen Auffassung auch für die Inkorporationstheorie, deren Beschränkung somit gewissen Schranken unterworfen ist.

<sup>443</sup> BGE 128 III 201 E. 1.b S. 205.

<sup>444</sup> Siehe dazu eingehend bb) auf S. 76.

<sup>445</sup> BV-Kommentar–VALLENDER, Art. 27 BV N 6 ff.

<sup>446</sup> Vgl. BV-Kommentar–VALLENDER, Art. 27 BV N 4 in Bezug auf das BGBM: Unter Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit «kann sich jede Person, die eine Erwerbstätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ausübt, zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederlassen und diese Tätigkeit, unter Vorbehalt der in Art. 3 BGBM vorgesehenen Beschränkungen, nach den Vorschriften des Ortes der Ersteniederlassung ausüben.» Siehe auch Botschaft BGBM, BBl 1994 I 1213, S. 1214, 1220 ff., wo der Grundsatz der Gleichwertigkeit aller kantonalen Vorschriften in Zusammenhang mit der Wirtschaftsfreiheit gebracht wird. Dies ist vergleichbar mit der Inkorporationstheorie, da für die Regulierung der interkantonal tätigen Personen auf den Herkunftskanton abgestellt wird.

<sup>447</sup> Der Bund trägt «zu einem friedlichen Zusammenleben der Völker» bei.

<sup>448</sup> BV-Kommentar–VALLENDER, Art. 27 N 25.

Das Bundesgericht hat offen gelassen, ob sich auch ausländische juristische Personen auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können.<sup>449</sup> Zumindest juristische Personen mit Sitz in der EU haben aber durch das Freizügigkeitsabkommen in der Schweiz einen staatsvertraglichen Anspruch auf wirtschaftliche Betätigung. Damit steht ihnen auch im Umfang der durch das Freizügigkeitsabkommen eingeräumten Rechte, d.h. im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit, eine Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV offen.<sup>450</sup>

Der freie Zugang zum Markt könnte durch eine extensive Anwendung von Eingriffsnormen *de facto* eingeschränkt werden, was gemäss der hier vertretenen Auffassung als Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit anzusehen wäre.<sup>451</sup> Voraussetzungen für eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit sind gemäss Art. 36 BV eine gesetzliche Grundlage, eine Rechtfertigung durch öffentliche Interessen, die Verhältnismässigkeit der Einschränkung, sowie die Unantastbarkeit des Grundrechtskerngehalts.<sup>452</sup>

Die gesetzliche Grundlage für die Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit durch Eingriffsnormen liegt mit Art. 18 IPRG vor. Das Erfordernis der öffentlichen Interessen deckt sich mit dem «besonderen Zweck» des Art. 18 IPRG und wäre somit im Falle der Anwendung einer Bestimmung als Eingriffsnorm ebenfalls zu bejahen. Eingriffe in den Regelverweis müssen sich zudem als verhältnismässig erweisen, d.h. sie dürfen nicht weiter gehen, als zur Erreichung der legitimen Ziele unbedingt erforderlich ist,<sup>453</sup> und müssen vor milderer Massnahmen weichen.<sup>454</sup> Sie müssen zudem geeignet sein, den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck auch tatsächlich zu erreichen,<sup>455</sup> und haben zu unterbleiben, wenn eine Güterabwägung ergibt, dass der Eingriff in private Interessen schwerer wiegt als

<sup>449</sup> BGE 131 I 223 E. 1.1 S. 227; 125 I 182 E. 5a S. 198, m.w.H.

<sup>450</sup> BGE 131 I 223 E. 1.1 S. 227; MÜLLER/SCHÉFER, 1065.

<sup>451</sup> Vgl. KLEINHEISTERKAMP, 837: Ein staatlicher Eingriff zur Durchsetzung legitimer öffentlicher Interessen auf Kosten von Individualrechten ist nur dann verfassungskonform, wenn keine gleich wirksame, aber die Individualrechte weniger beschränkende Massnahme zur Verfügung steht.

<sup>452</sup> Vgl. die Rechtfertigungspflicht für Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit im schweizerischen Binnenmarkt: Botschaft BGBM, BBl 1994 I 1213, S. 1265.

<sup>453</sup> Vgl. *mutatis mutandis* KIENER/KÄLIN, 321.

<sup>454</sup> Vgl. *mutatis mutandis* MARANTELLI-SONANINI, 87.

<sup>455</sup> MARANTELLI-SONANINI, 87.



das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der staatlichen Ordnung.<sup>456</sup> Ein Eingriff muss mit den Kriterien der Rechtssicherheit, der Einheit des Gesellschaftsstatuts, der Entscheidungsharmonie und des Binnenbezugs eines Sachverhalts abgewogen werden. Zudem darf die Anwendung von Eingriffsnormen nicht die Inkorporationstheorie als solche aushöhlen und antasten, was zu Zurückhaltung bei der Anwendung von Eingriffsnormen verpflichtet.

## II. Europarechtliche Vorgaben (Freizügigkeitsabkommen)

Nachfolgend wird untersucht, ob das Freizügigkeitsabkommen<sup>457</sup> europäischen Gesellschaften in der Schweiz Rechte einräumt, die eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch Eingriffsnormen verbietet bzw. diese gewissen Schranken unterwirft.

### 1. Autonome Auslegung der Dienstleistungsfreiheit

Das Freizügigkeitsabkommen räumt natürlichen und juristischen Personen ein zeitlich beschränktes Recht auf Erbringung von Dienstleistungen ein.<sup>458</sup> Juristische Personen haben das Recht, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei zu erbringen, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet.<sup>459</sup> Diese zeitlich beschränkte Dienstleistungsfreiheit deckt sich nicht mit der Niederlassungsfreiheit.<sup>460</sup> Das Freizügigkeitsabkommen enthält keine Bestimmung,

<sup>456</sup> MARANTELLI-SONANINI, 88.

<sup>457</sup> FZA, SR 0.142.112.681.

<sup>458</sup> Art. 1 und 5 FZA i.V.m. Art. 18 Anhang I FZA.

<sup>459</sup> Der Begriff «Dienstleistung» ist ein Begriff des europäischen Gemeinschaftsrechts (vgl. Art. 56 AEUV [ex Art. 49 EGV]) und wird im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, die vor dem Datum des Unterzeichnens des Freizügigkeitsabkommens erlassen wurde, ausgelegt (Art. 16 Abs. 2 FZA). Dienstleistungen sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden (vgl. Art. 57 AEUV [ex Art. 50 EGV]).

<sup>460</sup> Siehe etwa GROLIMUND, 44, der die Anwendung der Niederlassungsfreiheit auf juristische Personen unter Hinweis auf die erst *nach* dem 21. Juni 1999 ergangenen EuGH-Urteile *Überseering* und *Inspire Art* ablehnt; zurückhaltend auch SCHNYDER, Trabrennbahn, 228; a.A. GIRSBERGER/RODRIGUEZ, 575, die in Bezug auf die durch das FZA eröffnete Dienstleistungsfreiheit von einer «Niederlassungsfreiheit light» sprechen. Ähnlich ZK-VISCHER, Art. 159 N 10 f.

die juristischen Personen das Recht auf Niederlassung im Hoheitsgebiet der einen oder der anderen Vertragspartei gewährt.<sup>461</sup> Dennoch ist die Niederlassungsfreiheit in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen relevant, wie nachfolgend dargelegt wird.

Die Dienstleistungsfreiheit ist subsidiär zu den anderen Grundfreiheiten.<sup>462</sup> Sie wird vom EuGH nicht mehr geprüft, wenn bereits die Beschränkung einer anderen Grundfreiheit bejaht wurde. Dies führt dazu, dass die Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit sehr beschränkt ist. Es gibt soweit ersichtlich keine Fälle, in denen die Anwendung inländischen Rechts auf Gesellschaften aus einem Mitgliedstaat der EU als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit angesehen wurde; derartige Beschränkungen wurden stets unter dem Aspekt der Niederlassungsfreiheit untersucht. Oftmals beschränkt ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit zwar gleichzeitig auch die Dienstleistungsfreiheit;<sup>463</sup> dieser Eingriff wird aufgrund der erwähnten Subsidiarität der Dienstleistungsfreiheit aber meist nicht weiter überprüft. Dies bedeutet aber nicht, dass nicht trotzdem auch eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vorliegen könnte, wenn inländisches Recht auf Gesellschaften aus einem Mitgliedstaat der EU angewendet wird.

Diese Feststellung ist im Hinblick auf das Freizügigkeitsabkommen von Bedeutung, welches lediglich die Dienstleistungsfreiheit eröffnet, nicht aber die Niederlassungsfreiheit. In einem derartigen Abkommen muss der Dienstleistungsfreiheit unabhängig von der Niederlassungsfreiheit eine eigenständige Bedeutung zukommen, die gegebenenfalls auch Aspekte mit einbezieht, die auf europäischer Ebene aufgrund des Vorrangs der Niederlassungsfreiheit ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt letzterer geprüft werden.<sup>464</sup> Die Erbringung einer Dienstleistung bedingt beispielsweise keine Niederlassung, schliesst letztere aber auch nicht aus. Wird eine ausländische Gesellschaft gezwungen, sich an inländisches Recht

<sup>461</sup> EuGH, Urt. v. 12.11.2009 (Rs. C-351/08) — *Grimme*, Rz. 35 ff., 39.

<sup>462</sup> EuGH, Urt. v. 12.09.2006 (Rs. C-196/04) — *Schweppes*, Slg. 2006, I-7995, Rz. 33; EuGH, Urt. v. 13.03.2007 (Rs. C-524/04) — *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, Slg. 2007, I-2107, Rz. 34 f.

<sup>463</sup> BEHRENS, Sonderanknüpfung, 410 f.

<sup>464</sup> Vgl. EFTA Court Gutachten v. 10.12.1998 (E-3/98) — *Rainford-Towning vs. Regierung des Fürstentums Liechtenstein*, EFTA Court Reports 1998, 205, Rz. 21: Das EWR-Abkommen und der EG-Vertrag weisen trotz ihrer weitgehenden Identität gewisse Unterschiede auf, die zu Abweichungen in der Auslegung führen können.

anzupassen, beispielsweise weil sie über Art. 159 IPRG dem schweizerischen Haftungsregime ausgesetzt ist oder eine inländische Eingriffsnorm beachten muss, liegt möglicherweise eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vor, die nur mit entsprechender Rechtfertigung Bestand haben könnte.<sup>465</sup>

Vorliegend ist somit für die Auslegung der Dienstleistungsfreizügigkeit im Sinne des Freizügigkeitsabkommens die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit analog beizuziehen, während jene zur Dienstleistungsfreiheit aufgrund der im Europarecht geltenden, aber im Rahmen des Freizügigkeitsabkommen *nicht* relevanten Subsidiarität nur beschränkt übernommen werden kann.

Nachfolgend ist zu überprüfen, ob die Anwendung von Eingriffsnormen auf europäische Gesellschaften eine Beschränkung der ihnen zustehenden Dienstleistungsfreiheit darstellt, und wie dies bejahendenfalls gerechtfertigt werden könnte.

## 2. Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch Eingriffsnormen

Die Anwendung inländischer Haftungs Vorschriften auf ausländische Gesellschaften könnte als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit angesehen werden, sofern sie die vorübergehende Ausübung letzterer beschränkt.<sup>466</sup> Bereits die Minderung der Attraktivität der Ausübung einer Freiheit ist als Beschränkung derselben anzusehen.<sup>467</sup> Eine Beschränkung liegt immer dann vor, wenn eine Gesellschaft in einem anderen Land als ihrem Sitzstaat nicht mehr ohne weiteres geschäftlich tätig werden kann,

<sup>465</sup> Siehe z.B. die Vorlagefrage in EuGH, Urt. v. 12.11.2009 (Rs. C-351/08) — *Grimme*: «Sind die Vorschriften des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit [...] dahin auszulegen, dass sie es nicht zulassen, dass das in Deutschland beschäftigte Verwaltungsratsmitglied einer Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts in der deutschen Rentenversicherung versicherungspflichtig ist, obwohl in Deutschland beschäftigte Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft deutschen Rechts in der deutschen Rentenversicherung versicherungsfrei sind?» Der EuGH hat diese Frage zwar verneint, seine Antwort jedoch auf Situationen beschränkt, in denen eine *dauerhafte* Beschäftigung vorliegt, die «zwangsläufig 90 tatsächliche Arbeitstage pro Kalenderjahr überschreitet» (Rz. 44).

<sup>466</sup> Siehe Anm. 465.

<sup>467</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 30.11.1995 (Rs. C-55/94) — *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rz. 37; s.a. GIRSBERGER/RODRIGUEZ, 575.

sondern sich an die neuen Regeln anpassen muss.<sup>468</sup> Die Anwendung von Art. 159 IPRG z.B. stellt gem. der hier vertretenen Auffassung eine Beschränkung der Dienstleistungsfreizügigkeit dar, da die Haftung der für ausländische Gesellschaften handelnden Personen ohne Untersuchung des verwiesenen Rechts schweizerischem Recht unterstellt wird.<sup>469</sup> Dies lässt die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit weniger attraktiv erscheinen, da die Organisation der Gesellschaft an die neue Haftungssituation angepasst werden muss.

Dies trifft auch auf Eingriffsnormen zu, da letztere unabhängig vom an und für sich anwendbaren Recht Geltung beanspruchen<sup>470</sup> und so die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit aufgrund der notwendigen Anpassungen an das schweizerische Recht weniger attraktiv machen.

### 3. Mögliche Rechtfertigung

Durch das Freizügigkeitsabkommen ist die Schweiz verpflichtet, Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zu unterlassen, wenn dafür kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Dabei ist einzig die konkrete Auswirkung auf die betroffene Freiheit von Belang, ohne dass die nationale Ausgestaltung dieser Beschränkung relevant wäre: Auch Eingriffsnormen müssen sich somit an den Grundfreiheiten messen lassen.<sup>471</sup>

Die Dienstleistungsfreiheit enthält sowohl ein Diskriminierungsverbot<sup>472</sup> als auch ein Beschränkungsverbot.<sup>473</sup> Der Schwerpunkt liegt vorliegend auf einer Untersuchung des Beschränkungsverbots, da Eingriffsnormen auf alle Gesellschaften zur Anwendung kommen und somit grundsätzlich nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstossen.

Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit lassen sich unter Berufung auf den Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs, Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie zwingende Allgemeininteressen rechtfertigen.

<sup>468</sup> SANDROCK, Überlagerungstheorie, 456.

<sup>469</sup> ZK-VISCHER, Art. 159 IPRG N 10 f.

<sup>470</sup> Vgl. für das Gemeinschaftsrecht BEHRENS, Sonderanknüpfung, 419.

<sup>471</sup> Vgl. den *Arblade*-Entscheid, EuGH, Urt. v. 23.11.1999 (Rs. C-376/96) – *Arblade & Leloup*, Slg. 1999, I-8453, Rz. 31.

<sup>472</sup> EIDENMÜLLER-EIDENMÜLLER, § 3 Rz. 4.

<sup>473</sup> BENESCH, 155; EuGH, Urt. v. 28.03.1996 (Rs. C-272/94) – *Guiot*, Slg. 1996, I-1905, Rz. 10.

### A) Rechtsmissbrauch

Eine nationale Massnahme, welche die Dienstleistungsfreiheit beschränkt, kann gerechtfertigt sein, wenn sie sich speziell auf konstruierte Sachverhalte bezieht, die darauf ausgerichtet sind, der Anwendung der Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats zu entgehen.<sup>474</sup> Die zielgerichtete Wahl des vorteilhaftesten Rechts stellt aber keinen Missbrauch dar.<sup>475</sup> Es muss immer ein konkretes Fehlverhalten in einer bestimmten Situation vorliegen, um den Rechtfertigungsgrund des Rechtsmissbrauchs heranziehen zu können.<sup>476</sup>

Der europarechtliche Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs kann nicht als Rechtfertigungsgrund für Eingriffsnormen dienen, da Eingriffsnormen nicht auf ein konkretes Fehlverhalten in einer bestimmten Situation abstellen, sondern präventiv wirken und gem. h.L. ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls zur Anwendung gelangen.<sup>477</sup> Die Anwendung nationaler Schutzvorschriften auf Schein-Auslandsgesellschaften aufgrund pauschaler, typisierter Missbrauchsvorwürfe ist ausgeschlossen.<sup>478</sup>

### B) Öffentliche Ordnung und Sicherheit

Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für ausländische Gesellschaften vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, bleiben im Freizügigkeitsabkommen vorbehalten.<sup>479</sup> Dieser Vorbehalt scheidet jedoch für die Rechtfertigung einer Anwendung von Eingriffsnormen aus, weil die Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit für ausländerpolizeiliche

<sup>474</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 13.03.2007 (Rs. C-524/04) – *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, Slg. 2007, I-2107, Rz. 72 ff.

<sup>475</sup> EuGH, Urt. v. 30.09.2003 (Rs. C-167/01) – *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rz. 138; EuGH, Urt. v. 10.07.1986 (Rs. C-79/85) – *Segers*, Slg. 1986, 2375, Rz. 16. Vgl. EIDENMÜLLER–EIDENMÜLLER, § 3 Rz. 78.

<sup>476</sup> EIDENMÜLLER–EIDENMÜLLER, § 3 Rz. 80.

<sup>477</sup> Anders wäre es, wenn der hier vorgeschlagenen teleologischen Auslegung des Art. 18 IPRG gefolgt würde (s. D) auf S. 78), die eine einzelfallgerechte Anwendung von Eingriffsnormen erlaubt.

<sup>478</sup> ADENSAMER, 111.

<sup>479</sup> Art. 5 Anhang I FZA; vgl. Art. 52 AEUV (ex Art. 46 EGV).

Vorschriften reserviert sind und im gesellschaftsrechtlichen Kontext ohne Belang sind.<sup>480</sup>

### C) Zwingende Allgemeininteressen

Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar, wenn sie durch «zwingende Gründe des öffentlichen Interesses» gerechtfertigt sind. Es handelt sich um nicht-wirtschaftliche Interessen.<sup>481</sup> Denkbar sind etwa die Interessen des Gläubiger-,<sup>482</sup> des Verkehrs-<sup>483</sup> oder des Gesellschafterschutzes.<sup>484</sup>

Das Vorliegen eines zwingenden Allgemeininteresses allein kann noch keine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen: Gem. Rechtsprechung des EuGH darf eine Beschränkung nicht *diskriminierend* sein.<sup>485</sup> Sie muss sich zudem als *geeignet* erweisen, ihr Ziel zu erreichen,<sup>486</sup> nicht über das hinausgehen, was hierzu *erforderlich* ist,<sup>487</sup> und *verhältnismässig* sein.

Das Kriterium der Erforderlichkeit verpflichtet zur Untersuchung, ob auch eine weniger einschneidende Massnahme als die in Frage stehende Eingriffsnorm zum gleichen Ziel führen könnte<sup>488</sup> (*Erforderlichkeit im engeren Sinn* bzw. *Angemessenheit*) und ob möglicherweise dem geschützten Allgemeininteresse bereits durch Rechtsvorschriften des Herkunftstaats Rechnung getragen wird<sup>489</sup> (*Erforderlichkeit im weiteren Sinn*). Zwin-

<sup>480</sup> EuGH, Urt. v. 09.03.1999 (Rs. C-212/97) – *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rz. 34; EuGH, Urt. v. 10.07.1986 (Rs. C-79/85) – *Segers*, Slg. 1986, 2375, Rz. 17; s.a. BEHRENS, Sonderanknüpfung, 413, m.w.H; SANDROCK, Überlagerungstheorie, 459, 461: selbst Vorschriften zum Schutz steuerlicher Interessen des Fiskus oder zum Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs sind keine Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung; EIDENMÜLLER–EIDENMÜLLER, § 3 Rz. 19.

<sup>481</sup> EIDENMÜLLER–EIDENMÜLLER, § 3 Rz. 22. Die Nichtwirtschaftlichkeit ist aus Sicht des Staates zu analysieren; wirtschaftlich wären z.B. fiskalische Interessen.

<sup>482</sup> EuGH, Urt. v. 09.03.1999 (Rs. C-212/97) – *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rz. 35.

<sup>483</sup> EuGH, Urt. v. 4.12.1997 (Rs. C-97/96) – *Daihatsu*, Slg. 1997, I-6843, Rz. 20 ff.

<sup>484</sup> Art. 50 Abs. 2 Bst. g AEUV (ex Art. 44 EGV).

<sup>485</sup> EuGH, Urt. v. 20.10.1993 (Rs. C-272/93) – *Spotti*, Slg. 1993, I-5185, Rz. 18; EIDENMÜLLER–EIDENMÜLLER, § 3 Rz. 21.

<sup>486</sup> EuGH, Urt. v. 09.03.1999 (Rs. C-212/97) – *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rz. 35.

<sup>487</sup> EuGH, Urt. v. 25.7.1991 (Rs. C-76/90) – *Säger*, Slg. 1991, I-4221, Rz. 15.

<sup>488</sup> EuGH, Urt. v. 09.03.1999 (Rs. C-212/97) – *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rz. 37.

<sup>489</sup> EuGH, Urt. v. 12.12.1996 (Rs. C-3/95) – *Reisebüro Broede vs. Gerd Sandker*, Slg. 1996, I-06511; EuGH, Urt. v. 17.12.1981 (Rs. C-279/80) – *Webb*, Slg. 1981,

gende Voraussetzung einer Rechtfertigung der Anwendung inländischer Schutznormen auf Auslandsgesellschaften ist daher der Nachweis einer Schutzlücke.<sup>490</sup> Ein Eingriff darf nur erfolgen, wenn das Herkunftsrecht den Schutzzweck nicht erfüllen kann.

Die strengen Anwendungsbedingungen der «zwingenden Allgemeininteressen» schliessen eine generelle Rechtfertigung von Eingriffsnormen aus, da deren Anwendung gem. h.L. ohne Rücksicht auf die Rechtsvorschriften des verwiesenen Rechts erfolgt. Eingriffsnormen können nur *im Einzelfall* durch zwingende Allgemeininteressen gerechtfertigt sein;<sup>491</sup> Pauschal-Schutznormen hingegen lassen sich europarechtlich nicht rechtfertigen.<sup>492</sup>

#### 4. Relevanz für «Drittgesellschaften»

Das Freizügigkeitsabkommen betrifft lediglich Gesellschaften aus der Schweiz und aus den Staaten der Europäischen Union, aber nicht «Drittgesellschaften». Dies führt zu einem zweigleisigen Internationalen Privatrecht, was aus rechtspolitischen und rechtsanwenderfreundlichen Gesichtspunkten nicht wünschenswert erscheint.<sup>493</sup>

Grundgedanke für die den europäischen Gesellschaften im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens gewährten rechtlichen Vorteile ist eine inhaltliche oder zumindest sinngemässe Ranggleichheit der einschlägigen Regelungen. Entsprechen aber auch Vorschriften anderer Länder den inländischen Standards, so ist eine zwischen europäischen und Drittgesellschaften differenzierte Behandlung aus Sicht der schweizerischen Inkorporationstheorie nicht zu begründen.

Die Anwendung der Kriterien, die für Gesellschaften aus Mitgliedstaaten der EU gelten, auf Gesellschaften aus Drittländern stellt insofern kein Problem dar, als sich vergleichbare Kriterien ohnehin aus der teleo-

I-3305, Rz. 17; EIDENMÜLLER–EIDENMÜLLER, § 3 Rz. 44; EIDENMÜLLER–REHM, § 5 Rz. 11; SCHNYDER, Zwingendes Wirtschaftsrecht, 96; ULMER, 1209.

<sup>490</sup> BEHRENS, Sonderanknüpfung, 416.

<sup>491</sup> Siehe dazu die vorgeschlagene teleologische Interpretation des Art. 18 IPRG sowie den Hinweis in Anm. 477 auf S. 99.

<sup>492</sup> EuGH, Urt. v. 4.12.1986 (Rs. C-205/84) – *Versicherungen*, Slg. 1986, 3755.

<sup>493</sup> Vgl. BEHRENS, Sonderanknüpfung, 418, welcher auch in Europa eine einheitliche Lösung vorschlägt und eine Spaltung zwischen EU- und Nicht-EU-Gesellschaften ablehnt.

logischen Auslegung des Art. 18 IPRG ergeben: Die Erfordernisse der Geeignetheit und der Erforderlichkeit für die Anwendung von Eingriffsnormen ergeben sich aus ihrer Zweckgebundenheit.<sup>494</sup> Die Relevanz des Kriteriums der Angemessenheit wiederum ergibt sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip, welches auch für die Anwendung von Eingriffsnormen gilt.<sup>495</sup>

### III. Völkerrechtliche Schranken

Eine allgemeine, völkergewohnheitsrechtliche Regel, welche die Anerkennung von im Ausland gegründeten Gesellschaften vorschreibt<sup>496</sup> oder Vorgaben für deren Behandlung machen würde, gibt es nicht.<sup>497</sup> Von einem Staat kann nur verlangt werden, dass er die Grenzen nicht überschreitet, die das internationale Recht seiner Zuständigkeit zieht; innerhalb dieser Grenzen ist er souverän.<sup>498</sup>

Als völkerrechtliche Schranke für die Anwendung von Eingriffsrecht fungiert einzig das Kriterium des schutzwürdigen Interesses bzw. die Theorie der sinnvollen Anknüpfung: Ein Staat darf nur dort Gesetze erlassen, wo auch ein Bezug zu seinen Interessen besteht.<sup>499</sup> Staatliche Eingriffe setzen somit voraus, dass der Sachverhalt einen minimalen Bezug zu ihm aufweist.<sup>500</sup> Weitere Vorgaben werden nicht gemacht.

### IV. Ergebnis: Beschränkter Spielraum für Eingriffsnormen

Die Anwendung von Eingriffsnormen im Gesellschaftsrecht ist verschiedenen nationalen und internationalen Schranken unterworfen. Auf nationaler Ebene verpflichtet das Legalitätsprinzip zu einer zurückhaltenden Anwendung von Eingriffsnormen: Kollisionsnormen sind Gesetzesnormen,

<sup>494</sup> Vgl. Art. 18 IPRG mit dem «besonderen Zweck»; s. c) auf S. 81.

<sup>495</sup> Siehe 3. auf S. 93.

<sup>496</sup> EIDENMÜLLER-REHM, § 2 Rz. 4.

<sup>497</sup> In der Schweiz gilt das Allgemeine WTO-Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS). Das GATS, welches die Liberalisierung der Dienstleistungen zum Ziel hat, richtet sich aber nur an die Mitgliedstaaten, so dass Gesellschaften als private Rechtssubjekte keine direkten Ansprüche daraus ableiten können.

<sup>498</sup> PCIJ, Urt. v. 07.09.1927 – *Lotus*, Ser. A., Nr. 10, 1927.

<sup>499</sup> VERDROSS, 319 f.

<sup>500</sup> SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, Rz. 145 ff.



die der Richter grundsätzlich zu beachten hat.<sup>501</sup> Auch das Postulat der Rechtssicherheit spricht gegen Eingriffsnormen, da sich die Normadressaten auf die Anwendung des durch Kollisionsnormen verwiesenen Rechts verlassen können müssen. Zudem besteht beim Einsatz von Eingriffsnormen die Gefahr, die Einheit des Gesellschaftsstatuts zu zerstören und so Regelungslücken oder Überregulierungen zu verursachen. Nicht zuletzt verunmöglicht der Einsatz von Eingriffsnormen die internationale Entscheidungsharmonie, da eine Eingriffsnorm immer national ist und ihre Anwendung im Ausland nicht sichergestellt werden kann,<sup>502</sup> so dass eine Gesellschaft je nach Gerichtsstand anderen Regeln untersteht.

Der ausreichende Binnenbezug eines Sachverhalts zur Schweiz stellt eine weitere Bedingung für die Anwendung inländischer Eingriffsnormen dar: Sie können nur dann Geltung beanspruchen, wenn der zu beurteilende Sachverhalt einen Bezug zum Inland aufweist. Ihr besonderer Zweck, der auch ihre Anwendung begründet, ist Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, der sich notwendigerweise auf Sachverhalte mit einem Bezug zum eigenen Territorium beschränken muss. Das Erfordernis des ausreichenden Binnenbezuges eines Sachverhalts zur Schweiz als Voraussetzung für die Anwendung einer inländischen Eingriffsnorm ergibt sich auch aus dem Völkerrecht.

Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) schützt zumindest implizit auch die Inkorporationstheorie, da sie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung gewährleistet. Dies gilt auch für ausländische juristische Personen. Eine Beschränkung der Inkorporationstheorie als Ausdruck der Wirtschaftsfreiheit muss somit den Vorgaben von Art. 36 BV gerecht werden, d.h. auf einer gesetzlichen Grundlage basieren (diese ist mit Art. 18 IPRG gegeben), ein öffentliches Interesse verfolgen (dies wird über den «besonderen Zweck» gewährleistet) und verhältnismässig sein. Die Anwendung von Eingriffsnormen muss mit dem Interesse der Parteien an Rechtssicherheit, Entscheidungsharmonie und Einheit des Gesellschaftsstatuts abgewogen werden und darf nicht die Regelverweise als solche *de facto* auflösen.

Der Einsatz von Eingriffsnormen wird nicht zuletzt durch internationale Vorschriften eingeschränkt. Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der EU eröffnet die Dienstleistungsfrei-

<sup>501</sup> Siehe D) auf S. 78.

<sup>502</sup> Vgl. die unterschiedlichen Anwendungsvoraussetzung der Art. 18 und 19 IPRG.

zügigkeit auch für juristische Personen. Die Anwendung des inländischen Rechts auf ausländische Gesellschaften stellt eine rechtfertigungspflichtige Beschränkung dieser Freiheit dar. Der Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs als Rechtfertigungsgrund scheidet aus, da Eingriffsnormen gem. h.L. ohne Rücksicht auf den Einzelfall und ohne Prüfung des verwiesenen Rechts pauschal zur Anwendung kämen und somit nicht die vom EuGH vorgegebene Einzelfallprüfung durchlaufen würden.<sup>503</sup> Auch die Begründung einer etwaigen Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit fällt weg. Die Anwendung des inländischen Gesellschaftsrechts auf ausländische Gesellschaften lässt sich somit nur über «zwingende Gründe des Allgemeinwohls» rechtfertigen. Die Anwendung darf nicht diskriminierend sein; sie muss geeignet sein, ihren Zweck zu erfüllen; und sie muss sich als erforderlich und verhältnismässig erweisen. Diese Kriterien decken sich mit den Anforderungen des nationalen Rechts, sowie den Prinzipien, die sich aus der teleologischen Auslegung des Art. 18 IPRG ergeben.

Eingriffsnormen sind als «lender of last resort» zu verstehen. Bevor ein Richter eine Vorschrift als Eingriffsnorm anwendet, hat er sich zunächst mit anderen, systemimmanenten und systemverträglicheren Instrumenten auseinanderzusetzen, um nicht zu riskieren, immer das inländische Recht zur Anwendung zu bringen<sup>504</sup> und so das IPRG auszuhebeln. Kollisionsrechtliche Argumente wie die Rechtssicherheit, die Entscheidungsharmonie und die Einheit des Gesellschaftsstatuts müssen mit einem Eingriff in den Regelverweis abgewogen werden.

<sup>503</sup> Gem. der hier vertretenen Auffassung (s. D) auf S. 78) ist dies aber möglich.

<sup>504</sup> Vgl. MANKOWSKI, 854.

## **2. Teil: Schutzlücken im Gesellschaftsrecht**

In den nachfolgenden Kapiteln werden das schweizerische Gesellschaftsrecht und angrenzende Rechtsgebiete auf Eingriffsnormen hin untersucht. Behandelt werden all jene Beziehungen, die sich zwischen einer Gesellschaft und Drittpersonen, zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern sowie unmittelbar zwischen deren Mitgliedern ergeben, und in denen die Interessen der beteiligten Personen durch die Inkorporationstheorie beeinträchtigt werden könnten.



## § 4 Gläubigerschutz

Der Gläubigerschutz wird im schweizerischen Recht durch Kapitalschutzvorschriften, Informations- und Publizitätspflichten sowie durch Haftungsregeln gewährleistet. Im Hinblick auf die Identifikation von Eingriffsnormen stellt sich die Frage, ob die Inkorporationstheorie zu Lücken im Gläubigerschutz führt, und ob diese über Art. 18 IPRG geschlossen werden müssen.

### I. Gläubigerschutz durch Kapitalschutzvorschriften

#### 1. Kapitalschutz im schweizerischen Recht

Für Verbindlichkeiten einer Kapitalgesellschaft<sup>505</sup> gegenüber Dritten haftet gem. schweizerischem Recht grundsätzlich nur das Gesellschaftskapital (Art. 620 Abs. 2, Art. 794 OR).<sup>506</sup> Die Haftung von Kapitalgesellschaftern beschränkt sich auf ihre Einlagen bzw. allfällige Nachschusspflichten.<sup>507</sup>

Diese Haftungsbeschränkung dient primär dem Schutz der Gesellschafter.<sup>508</sup> Damit sich dies nicht zum Nachteil Dritter auswirkt, bedarf es gewisser Regeln, die den Schutz des Gesellschaftskapitals gewährleisten, indem ein Haftungssubstrat für die Gläubiger sichergestellt wird<sup>509</sup> und so eine finanzielle «Hemmschwelle» zum Schutz vor unseriösen Gesell-

<sup>505</sup> Vorliegend wird ausschliesslich der Schutz der Gläubiger von *Kapitalgesellschaften* untersucht (s. dazu bereits S. 6).

<sup>506</sup> Da die GmbH und die AG als Körperschaften mit einem im Voraus bestimmten festen Grundkapital, für deren Verbindlichkeiten nur das eigene Vermögen haftet, eng miteinander verwandt sind und für beide Rechtsformen weitgehend die gleichen Regeln gelten, soweit es um die Erhaltung des Gesellschaftskapitals und den Kapitaleinsatz der Gesellschafter geht (vgl. Art. 777c OR), wird vorliegend der Kapitalschutz unabhängig von der Form der Kapitalgesellschaft für beide Gesellschaftstypen gemeinsam dargestellt.

<sup>507</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 Rz. 18.

<sup>508</sup> TEICHMANN, Gläubigerschutz, 2444 ff.

<sup>509</sup> Botschaft GmbH-Recht, BBl 2001 3148, S. 3157; BAUEN/BERNET, 43 Rz. 148.

schaftsgründungen entsteht.<sup>510</sup> Diese Kapitalschutzvorschriften gehören zu den «wichtigsten Prinzipien des Aktienrechts».<sup>511</sup>

Zum Schutz der Gläubiger ist bei den schweizerischen Kapitalgesellschaften ein *Mindestkapital* vorgeschrieben: Für die Gründung einer Aktiengesellschaft müssen 100'000 CHF Kapital aufgebracht werden (Art. 621 OR), für eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung 20'000 CHF (Art. 773 OR). Die Aufbringung dieses Gesellschaftskapitals wird in den *Kapitalaufbringungsvorschriften* geregelt (Art. 632 ff. OR), die sicherstellen, dass zumindest zum Zeitpunkt der Gründung der Gesellschaft das Mindestkapital auch tatsächlich vorhanden war. Vorschriften über Sacheinlagen stellen beispielsweise sicher, dass das eingebrachte Kapital auch tatsächlich dem angegebenen Wert entspricht (Art. 628, Art. 634 OR). Zudem muss ein Gründungsbericht erstellt werden, welcher darüber Rechenschaft ablegt, dass die Bewertung der Sachwerte angemessen erfolgte, was von einem Revisor zu prüfen ist (Art. 635 und 635a OR). Verschiedene *Kapitalerhaltungsvorschriften* dienen der Erhaltung dieses Gesellschaftskapitals, damit die Gläubiger darauf vertrauen können, dass das publizierte Kapital tatsächlich zu ihrem Schutz zur Verfügung steht.<sup>512</sup> Einlagen dürfen nicht zurückerstattet werden (Art. 678, Art. 680 Abs. 2, Art. 793 Abs. 2, Art. 800 OR), es dürfen für Einlagen keine Zinsen gezahlt werden (Art. 675 Abs. 1, Art. 798a Abs. 1 OR), und Dividenden dürfen nur aus dem Bilanzgewinn entnommen werden (Art. 675 Abs. 2, Art. 798 OR). Des Weiteren darf eine Kapitalgesellschaft eigene Anteile nur unter restriktiven Bedingungen erwerben (Art. 659 ff., Art. 783 OR), da sonst das Haftungssubstrat der Gläubiger gekürzt würde.<sup>513</sup> Schliesslich sind Kapitalgesellschaften zur Bildung von Reserven verpflichtet (Art. 671, Art. 801 OR). Die Nichtbeachtung dieser Vorschriften führt zu Rückerstattungspflichten (Art. 678, Art. 800 OR).

<sup>510</sup> Vgl. Botschaft Aktienrecht, BBl 1983 II 745, S. 784: «Eine Aktiengesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit darf nur errichten und den damit verbundenen Haftungsausschluss nur geniessen, wer bereit ist, ein Mindestvermögen für die Verfolgung des Gesellschaftszweckes aufzubringen und als Haftungssubstrat und Risikokapital stehen zu lassen.»

<sup>511</sup> BGE 132 III 668 E. 3.2 S. 673.

<sup>512</sup> EGO, 280.

<sup>513</sup> Die Gesellschaft würde mit den eigenen Mitteln ein Vermögen «erwerben», welches sie bereits besitzt; s. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 Rz. 77.

## 2. Kollisionsrechtliche Regelungslücken mit potentiellen Schutzlücken

### A) Kapitalvorschriften als Teil des Gesellschaftsstatuts

Das auf eine Gesellschaft anwendbare Recht regelt auch ihre Entstehung (Art. 154 f. IPRG). Dazu gehören insbesondere die Vorschriften über das Gesellschaftskapital,<sup>514</sup> dessen Aufbringung bei Kapitalgesellschaften Gründungsvoraussetzung und damit Voraussetzung für ihre Entstehung ist. Bei ausländischen Gesellschaften gelten deshalb, in Anwendung der Inkorporationstheorie, auch die *ausländischen* Mindestkapital-, Kapitalbildungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften.<sup>515</sup>

### B) Mangelnde Koordination der Rechtsordnungen

Der Verweis auf ein Gesellschaftsrecht ohne Mindestkapitalvorschriften ist nicht unbedingt gleichbedeutend mit mangelndem Schutz Dritter.<sup>516</sup> Der Gläubigerschutz kann in der Tat auch anderweitig als über Kapitalschutzvorschriften gewährleistet werden, etwa über Informationspflichten, eine strenge Aufsicht oder restriktive Vorschriften betreffend die Dividendenausschüttung. In Frankreich z.B. wird der Gläubigerschutz mittels tiefgreifender Informations-, Warn- und Schadensbegrenzungsvorschriften gewährleistet.<sup>517</sup> In England basiert der Gläubigerschutz auf weitreichenden Aufsichtsrechten von Gerichten und Behörden, welche die praktisch absolute Gründungsfreiheit wieder relativieren.<sup>518</sup> In den USA wiederum bestehen sehr strenge und restriktive Vorschriften über die Dividenden-

<sup>514</sup> ZK-VISCHER, Art. 155 IPRG N 4; EGO, 252.

<sup>515</sup> So auch die Situation in Deutschland: RIEGGER, 522.

Erst wenn sich eine Gesellschaft mit Sitz im Ausland dem inländischen Recht unterstellen will, muss sie nachweisen, dass ihr Grundkapital nach schweizerischem Recht gedeckt ist: Art. 162 Abs. 2 IPRG.

<sup>516</sup> Vgl. EIDENMÜLLER-EIDENMÜLLER, § 4 Rz. 11, welcher den Gläubigerschutz in allen EU-ausländischen Gesellschaftstypen gewährt sieht.

<sup>517</sup> Bei finanziellen Schwierigkeiten ist ein spezielles Sanierungsverfahren vorgeschrieben (Art. L 611-1 ff. Code de Commerce), welches Gesellschaften mit Liquiditätsengpässen zu frühzeitigen Verhandlungen mit den Gläubigern bewegen soll.

<sup>518</sup> ALTMEPPEN, 99; UNGAN, 357 f.; ausserdem entstehen über einen Zeitraum von zehn Jahren für Verwaltung, Registrierung und Unterhalt einer Gesellschaft Kosten von bis zu 25'000 Euro (ULMER, 1201 Anm. 6), was zu einer mit dem Mindestkapital vergleichbaren «Seriositätskontrolle» der Gesellschaften führt.

ausschüttung, welche das geringe Gesellschaftskapital kompensieren und für Dritte einen gewissen Schutz darstellen.<sup>519</sup>

Ausländische Gläubigerschutzvorschriften werden aber aufgrund der mangelnden Koordination der Rechtsordnungen nicht immer über den Verweis auf das Gründungsrecht zur Anwendung gebracht. Die öffentlichrechtlichen Aufsichtsmaßnahmen des englischen Rechts beispielsweise sind auf England beschränkt, da die englischen Behörden auch nur dort eingreifen können.<sup>520</sup> Gleiches gilt für das französische Insolvenzrecht.<sup>521</sup> Bei Gründung einer Gesellschaft in Frankreich bzw. England und Aktivität in der Schweiz geniesst eine Gesellschaft aufgrund der mangelnden Koordination der Rechtsordnungen somit grosse Freiheiten.<sup>522</sup>

### C) Mögliche Lücken im Gläubigerschutz

Die Gesellschaftsgründer können Regulationsunterschiede in verschiedenen Ländern zu ihren Gunsten ausnutzen. Ausländische Gesellschaften mit weniger strengen Vorschriften stellen eine mögliche Gefahr für inländische Gläubiger dar,<sup>523</sup> da kein Haftungssubstrat nach schweizerischem Standard garantiert wird<sup>524</sup> und die daraus resultierende Seriositätskontrolle anlässlich der Gründung wegfällt.

Auch im Konzernverhältnis ergeben sich mögliche Schutzlücken.<sup>525</sup> Wird beispielsweise eine ausländische Tochtergesellschaft von der Schweiz

<sup>519</sup> ZIMMER, IntGesR, 279 f., m.w.H.

<sup>520</sup> ALTMEPPEN, 99; ZIMMER, IntGesR, 328 f.

<sup>521</sup> Gemäss Art. L 620-2 Code de Commerce ist das Sanierungsverfahren zwar auf *alle* juristischen Personen anwendbar, jedoch beschränkt sich dies auf das französische Territorium.

<sup>522</sup> Vgl. BEHME, 189.

<sup>523</sup> Vgl. KIENZL, 171.

<sup>524</sup> Eine in Frankreich mit 1 Euro Eigenkapital (Art. L 223-2 Code de Commerce) gegründete «société à responsabilité limitée» kann zum Beispiel in der Schweiz unter dieser Bezeichnung tätig werden, ohne dass sie das schweizerische Mindestkapital von 20'000 CHF aufweist. Dies ist insbesondere deshalb problematisch, weil die französische Bezeichnung dieser Gesellschaftsform mit der auch in der Schweiz offiziellen Bezeichnung «société à responsabilité limitée» übereinstimmt. Dritte werden so gegebenenfalls in ihrem berechtigten Vertrauen in die Existenz eines Haftungssubstrats gemäss schweizerischen Vorschriften getäuscht.

<sup>525</sup> RUSCH, 186; auf das Konzernrecht wird vorliegend nur am Rande eingegangen; eine kurze, beschränkte Untersuchung des Konzernrechts drängt sich jedoch aufgrund der Nähe und unklaren Abgrenzung zum Gesellschaftsrecht auf.



aus geführt, und ihr Vermögen konzernintern an die ebenfalls ausländische Muttergesellschaft weitergeleitet, kann es im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft zu einer Schädigung schweizerischer Gläubiger kommen. «Gläubiger könnten dann leer ausgehen, Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz verlieren, das Steueraufkommen könnte sinken [...]»<sup>526</sup> Hier können Regelungslücken mit potentiellen Schutzlücken entstehen.

### 3. Mögliche Sonderanknüpfung schweizerischer Kapitalschutznormen

#### A) Teleologische Reduktion der Inkorporationstheorie

Das Bundesgericht lehnt eine Sonderanknüpfung der schweizerischen Kapitalvorschriften ab. Der Gesetzgeber habe sich mit Art. 154 f. IPRG klar für die Inkorporationstheorie entschieden, so dass diese nicht durch Sonderanknüpfungen wieder ausgehöhlt werden dürfe.<sup>527</sup>

Die Inkorporationstheorie schliesst aber nicht Sonderanknüpfungen *per se* aus, sondern muss stets im Zusammenhang mit ihrem Sinn und Zweck gesehen werden. Die Inkorporationstheorie dient primär den Interessen der Gläubiger.<sup>528</sup> Diese Ausrichtung auf den Gläubigerschutz bedingt, dass bei Vorliegen einer Lücke im Gläubigerschutz eine Sonderanknüpfung der inländischen Gläubigerschutzvorschriften im Rahmen einer teleologischen Reduktion der Inkorporationstheorie zumindest denkbar sein muss,<sup>529</sup> selbst wenn im Einzelfall andere Interessen, wie etwa die Rechtssicherheit oder der Grundsatz der Einheit des Gesellschaftsstatuts, das Gewicht des Gläubigerschutzes relativieren können.<sup>530</sup> Gemäss den Materialien zum IPRG sind in der Tat Ausnahmen vom Gesellschaftsstatut zu machen, wenn «überwiegende Interessen Dritter» dafür

<sup>526</sup> SANDROCK, Überlagerungstheorie, 485.

<sup>527</sup> BGE 117 II 494 E. 7 S. 501 f.; s.a. ZK-VISCHER, Art. 159 IPRG N 10.

<sup>528</sup> Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 442: Die Inkorporationstheorie «dient dadurch den Interessen der Gläubiger, die sich darauf verlassen können, dass die einmal gegründete Gesellschaft auch ausserhalb des Staates der Inkorporation rechtsbeständig bleibt.» Siehe zudem A) auf S. 17.

<sup>529</sup> Siehe a) auf S. 17.

<sup>530</sup> Dies ist im hier behandelten Bereich des Gläubigerschutzes durch Kapitalvorschriften der Fall: Rechtssicherheit und Einheit des Gesellschaftsstatuts sprechen klar gegen eine Sonderanknüpfung der Kapitalschutznormen. Dennoch wird diese Frage hier erörtert, da auf die Rechtssicherheit und den Grundsatz der Einheit des Gesellschaftsstatuts erst im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung eingegangen wird; s. D) auf S. 116.

sprechen,<sup>531</sup> insbesondere in Fällen, in denen eine Gesellschaft zwar dem ausländischen Recht unterstellt wird, die wirklichen Eigentümer oder die für die Gesellschaft handelnden Personen aber in der Schweiz oder von der Schweiz aus tätig sind.<sup>532</sup>

Das Argument, die Inkorporationstheorie dürfe nicht durch Sonderanknüpfungen oder andere Ausnahmen ausgehöhlt werden,<sup>533</sup> verliert somit dort an Kraft, wo diese Theorie, die explizit den Gläubigerschutz bezweckt, ihren eigenen Zweck untergräbt und die Gläubiger schlechter stellt, als dies etwa bei einer Anknüpfung an den tatsächlichen (Verwaltungs-)Sitz der Gesellschaft der Fall wäre.

## **B) Gläubigerschutz als öffentliches Interesse**

Der Schutz der Gläubiger kann als Schutz der gesamten Marktwirtschaft und damit als Gemeininteresse angesehen werden: Ohne einen minimalen Schutz der Gläubiger haben diese kein Vertrauen zu juristischen Personen, generieren weniger Aufträge, was die Nachfrage verringert und schliesslich die gesamte Wirtschaft zusammenbrechen lässt.<sup>534</sup> Diese plakativ vereinfachte Darstellung zeigt, dass sich trotz der grundsätzlichen Anknüpfung der Kapitalvorschriften an das Gesellschaftsstatut die Anwendung der entsprechenden inländischen Vorschriften als international zwingende Normen begründen liesse.<sup>535</sup>

<sup>531</sup> Botschaft IPRG, BBl **1983** I 263, S. 442.

<sup>532</sup> Vgl. Art. 159 IPRG.

<sup>533</sup> BGE 117 II 494 E. 7 S. 501 f.

<sup>534</sup> Auf die Schwierigkeit der Differenzierung zwischen Privat- und Gemeininteressen wurde bereits hingewiesen; s. a) auf S. 62.

<sup>535</sup> Siehe RUSCH, 190 f., der die Anwendung der schweizerischen Kapitalschutzvorschriften über Art. 18 IPRG zumindest im Konzernverhältnis als einen gangbaren Weg sieht, um Gläubiger ausländischer Tochtergesellschaften vor ihren ebenfalls ausländischen Muttergesellschaften zu schützen; vgl. aber die h.L. (anstatt vieler MüKo Bd. 10 (4. Aufl.)–SONNENBERGER, Einl. IPR Rz. 61 f.), die den Ausschluss einer Sonderanknüpfung der inländischen Kapitalschutznormen als Eingriffsnormen damit begründet, dass Kapitalschutznormen dem Ausgleich von Privatinteressen dienen würden, Eingriffsnormen aber auf den Schutz überindividueller Gemeininteressen beschränkt seien; s.a. EuGH, Urt. v. 30.09.2003 (Rs. C-167/01) – *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rz. 98 ff., betreffend die Frage der Anwendung niederländischer Mindestkapitalvorschriften auf eine europäische Gesellschaft.

#### 4. Kapitalschutznormen als Eingriffsrecht?

Im Folgenden ist zu untersuchen, ob wegen der Anknüpfung der Kapitalschutzvorschriften an den Inkorporationsort inländische Interessen betroffen sein könnten, und ob bzw. wie diese geschützt werden.<sup>536</sup> Eine Sonderanknüpfung der schweizerischen Kapitalschutznormen würde sich nur im Falle einer Schutzlücke rechtfertigen, d.h. wenn ein Eingriff in den Regelverweis erforderlich und verhältnismässig erschiene, weil der Schutz nicht anderweitig bereits gewährleistet wird.<sup>537</sup> Zudem müssten sich die Kapitalschutznormen als geeignet erweisen, den Gläubigerschutz zu gewährleisten.

##### A) Regelungsinteresse des Gesetzgebers

Die Gläubiger, deren Schutz bezweckt werden soll, werden mehrheitlich am Ort der Hauptniederlassung oder des Verwaltungssitzes einer Gesellschaft zu finden sein.<sup>538</sup> Der Gesetzgeber am Ort des Verwaltungssitzes hat somit ein berechtigtes Interesse, die ortsansässigen Gläubiger zu schützen.<sup>539</sup>

##### B) Untauglichkeit für den Gläubigerschutz

**a) Mindestkapitalvorschriften** Der schweizerische Gesetzgeber erachtet das Mindestkapital für Kapitalgesellschaften als wichtige und geeignete Gläubigerschutzvorschrift.<sup>540</sup> Trotz dieser Positionierung spricht jedoch

<sup>536</sup> Die nachfolgenden Ausführungen gelten auch für das Konzernverhältnis, denn Gesellschaften im Konzernverhältnis unterscheiden sich in Bezug auf den Gläubigerschutz nicht von selbständigen Gesellschaften.

<sup>537</sup> Siehe D) auf S. 78 ff.

<sup>538</sup> Es kann davon ausgegangen werden, dass am Ort der Hauptniederlassung oder des Verwaltungssitzes einer Gesellschaft auch ihre Geschäftsaktivität am intensivsten ist und dass an diesem Ort die meisten Gläubiger mit der Gesellschaft Geschäfte abschliessen werden.

<sup>539</sup> Vgl. BGE 130 II 351 E. 6.1 S. 370: Die Schweiz ist befugt, die Folgen einer Geschäftstätigkeit, die auf ihrem Territorium ausgeübt wird, von diesem ausgeht oder sich auf dieses auswirkt, zu regeln, auch wenn die entsprechende Aktivität einer ausländischen Gesellschaft zuzuschreiben ist.

<sup>540</sup> Botschaft Aktienrecht, BBl 1983 II 745, S. 758; Botschaft GmbH-Recht, BBl 2001 3148, S. 3152.

vieles *gegen* die Annahme, dass Mindestkapitalvorschriften geeignet seien, die Gläubiger zu schützen.<sup>541</sup>

Gesellschaftskapital muss in keinem Verhältnis zur wirtschaftlichen Aktivität einer Gesellschaft stehen. Gläubigerschutz durch Gesellschaftskapital ist somit oftmals illusorisch, insbesondere weil es sich beim Gesellschaftskapital nicht um real vorhandene Werte, sondern um rein rechnerische Grössen handelt.<sup>542</sup> Als Puffer für die Abfederung von Verlusten hat das Grundkapital bestenfalls in den ersten Wochen und Monaten nach der Gründung Bedeutung,<sup>543</sup> und selbst dann nur, wenn es voll libériert wurde.

Die Umsetzung der Mindestkapitalvorschriften ist in der Schweiz zudem nicht konsequent ausgestaltet: Aktiengesellschaften, die vor 1985 gegründet wurden, mussten keine Anpassung an das erhöhte Mindestkapital von 100'000 CHF vornehmen (Art. 2 Abs. 2 Schlussbest. zum 26. Titel des OR), was den Schutzzweck dieser Bestimmung relativiert.<sup>544</sup> Ausserdem dürfen bereits die Gründungskosten vom Gesellschaftskapital abgezogen werden (Art. 664 OR), so dass selbst zum Gründungszeitpunkt nicht mehr das gesamte Haftungskapital zur Verfügung stehen muss. Die Rolle des Mindestkapitals als Haftungssubstrat und Mittel des Gläubigerschutzes ist somit äusserst fraglich und muss verneint werden. Das Gesellschaftskapital schützt weder vor unternehmerischen Fehlentscheidungen<sup>545</sup> noch vor deren Folgen.

**b) Kapitalaufbringungsvorschriften** Vorschriften über die Kapitalaufbringung führen zu einem *relativen* Schutz, der auf die Höhe des vorgeschriebenen Gesellschaftskapitals beschränkt ist: Es wird einzig und

<sup>541</sup> Siehe auch die europäische Literatur: ALTMEPPEN, 102; SANDROCK, Überlagerungstheorie, 470, m.w.H.

<sup>542</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 Rz. 48 f.; Das Gesellschaftskapital besagt lediglich, dass zum Zeitpunkt der Gründung liquide Mittel oder Vermögensgegenstände vorlagen, denen ein Marktwert in Höhe eben dieses Gesellschaftskapitals zugeschrieben wurde.

<sup>543</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 18 Rz. 40.

<sup>544</sup> Vgl. BGE 135 III 614 E. 4.3.3 S. 621: «On doit tirer de cette mise en perspective que si le législateur a autorisé la persistance des fidéicommiss de famille qui existaient avant l'entrée en vigueur du Code civil, c'est bien parce qu'il estimait que cette institution ne heurtait pas de façon insupportable les mœurs et le sentiment du droit prévalant en Suisse.»

<sup>545</sup> MERKT, 311.

allein sichergestellt, dass zum Zeitpunkt der Gründung in der Bilanz Vermögensgegenstände vorlagen, denen ein Marktwert in Höhe eben dieses Gesellschaftskapitals zugeschrieben wurde. Abgesehen von einer gewissen Hemmschwellenfunktion gegen Schwindelgründungen sind die Kapitalaufbringungsvorschriften somit nicht als Mittel des Gläubigerschutzes geeignet. Zudem gelten die Vorbehalte gegenüber dem Mindestkapital<sup>546</sup> auch gegenüber den Kapitalaufbringungsvorschriften.

**c) Kapitalerhaltungsvorschriften** Kapitalerhaltungsvorschriften stellen auf die Darstellung der wirtschaftlichen Situation eines Unternehmens ab: Bei einer Regelung, die z.B. die Reservebildung von 5 % des jährlichen Gewinns vorschreibt, ist es zentral, *wie* dieser Gewinn berechnet wird (Rechnungslegungsvorschriften). Dies wird durch das jeweilige Gesellschaftsstatut bestimmt.<sup>547</sup> Eine Anwendung der inländischen Kapitalerhaltungsvorschriften auf in- und ausländische Gesellschaften wäre aber nur dann als Mittel des Gläubigerschutzes geeignet, wenn auch die Rechnungslegung einheitlich vorgeschrieben würde.

### C) Keine Erforderlichkeit einer Sonderanknüpfung

Der Gläubigerschutz wird neben Kapitalschutzvorschriften auch durch Informationsvorschriften (Eintragungspflichten in das Handelsregister für Zweigniederlassungen,<sup>548</sup> firmenrechtliche Vorschriften<sup>549</sup>) sowie indirekt über gesetzliche Sonderanknüpfungen (inbes. Art. 159 IPRG)<sup>550</sup> und Strafbestimmungen (z.B. Art. 165 StGB)<sup>551</sup> gewährleistet. Die Informationsvorschriften ermöglichen die *Selbstinformation* der Gläubiger über die Rechtsform, die Haftungsorganisation und das Gesellschaftskapital des Unternehmens,<sup>552</sup> so dass eine Sonderanknüpfung der inländischen Kapitalvorschriften nicht erforderlich erscheint.

<sup>546</sup> Siehe a) auf S. 113.

<sup>547</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 8 Rz. 45: Ein Unternehmen kann je nach Rechnungslegungsstandard für ein und dasselbe Geschäftsjahr einen hohen Gewinn oder einen schweren Verlust ausweisen.

<sup>548</sup> Siehe 1. auf S. 117.

<sup>549</sup> Siehe 2. auf S. 121.

<sup>550</sup> Siehe b) auf S. 123.

<sup>551</sup> Siehe b) auf S. 143.

<sup>552</sup> Vgl. GmbHG-Kommentar-BEHRENS, Allg. Einl. Rz. B 81, der eine Sonderanknüpfung der Kapitalschutzvorschriften *aufgrund des ausreichenden Schutzes durch*

#### D) Verhältnismässigkeit

Eine Sonderanknüpfung der Kapitalvorschriften scheitert zudem an der Verhältnismässigkeitsprüfung. Der Rechtssicherheit, die durch die Inkorporationstheorie verwirklicht wird, ist ein umso grösseres Gewicht beizumessen, als der Gläubigerschutz (durch Kapitalvorschriften) in Anbetracht der unkonsequenten Ausgestaltung durch den Gesetzgeber nicht schwer wiegen kann.

#### 5. Ergebnis: Kapitalschutznormen haben keinen Eingriffscharakter

Im Ergebnis wäre eine Anwendung der inländischen Kapitalschutzvorschriften über Art. 18 IPRG nicht geeignet, den Gläubigern Schutz vor ausländischen Gesellschaften zu gewähren, deren Gesellschaftsstatut keine oder geringere Kapitalschutzvorschriften kennt, als sie im schweizerischen Recht vorgesehen sind. Die Kapitalschutzvorschriften weisen zwar einen «besonderen Zweck» i.S.d. Art. 18 IPRG auf. Dieser besondere Zweck kann aber aufgrund fehlender Geeignetheit der Gesetzesbestimmungen zur Erreichung desselben keine international zwingende Anwendung begründen.<sup>553</sup> Zudem wird der Gläubigerschutz auch bei ausländischen Gesellschaften, die gegebenenfalls einem laxeren Gesellschaftsstatut ohne derartige Kapitalvorschriften unterstehen, gewährleistet, selbst wenn die entsprechenden inländischen Vorschriften nicht als Eingriffsnormen auf ausländische Gesellschaften zur Anwendung gebracht werden. Dies wäre zudem für europäische Gesellschaften auch mit dem Freizügigkeitsabkommen unvereinbar.<sup>554</sup> Eine Sonderanknüpfung der Kapitalschutzvorschriften über Art. 18 IPRG ist somit zu verneinen,<sup>555</sup> da eine Norm, deren Schutzzweck bereits erfüllt ist, und die zudem nicht geeignet ist, diesen Schutzzweck zu erfüllen, nicht mehr «wegen ihres besonderen Zweckes» eine zwingende Anwendung verlangen kann.

*das Informationsmodell* verneint. Grundsätzlich zur Rolle der Information als Schutzmittel im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht s. PETER, 52.

<sup>553</sup> Siehe b) auf S. 81.

<sup>554</sup> Siehe C) auf S. 100; s.a. das *Inspire-Art*-Urteil des EuGH, welches niederländische Mindestkapitalvorschriften für Scheinauslandsgesellschaften als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit sanktioniert; EuGH, Urt. v. 30.09.2003 (Rs. C-167/01) – *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155. Dieses Urteil ist jedoch nach dem 21. Juni 1999 ergangen und somit für die Auslegung des FZA nicht einschlägig.

<sup>555</sup> Vgl. BGE 117 II 494 E. 7 S. 501 f.; so auch ZK-VISCHER, Art. 18 IPRG N 5.

## II. Gläubigerschutz durch Information und Publizität

Anders als bei natürlichen Personen, wo persönliche und private Beziehungen eine wichtige Rolle spielen, können sich die Gläubiger einer juristischen Person nur schwer ein Bild von der tatsächlichen wirtschaftlichen Lage des Unternehmens machen. Juristische Personen müssen deshalb eine Vielzahl von Vorschriften beachten, die zum Schutz des Schwächeren<sup>556</sup> eine umfassende Information über ihren rechtlichen Status, ihre wirtschaftliche Lage und über wichtige organisatorische oder wirtschaftliche Änderungen sicherstellen sollen.<sup>557</sup>

Die Informations- und Publizitätspflichten umfassen je nach Gesellschaftsform Eintragungspflichten in das Handelsregister, firmenrechtliche Vorschriften, Formerfordernisse, Rechnungslegungsvorschriften, Prospektspflichten und Informationsvorschriften bei Kapitalverlust.

### 1. Handelsregisterrecht

#### A) Funktion des Handelsregisters und der Eintragungspflichten

Das Handelsregister dient mit seiner Publizität dem Vertrauensschutz, der Verkehrssicherheit und dem Gläubigerschutz (Art. 1 HRegV).<sup>558</sup> Es ist öffentlich zugänglich und wird zumindest in Auszügen durch das schweizerische Handelsamtsblatt publiziert (Art. 930 und Art. 931 Abs. 1 OR). Die Gläubiger und das Publikum sollen insbesondere über die Haftungsverfassung der Unternehmen informiert werden und die Vertretungsmacht der Organe kennen.<sup>559</sup> Der Schutzzweck des Handelsregisters wird durch Art. 933 Abs. 2 OR unterstrichen: Wurde eine Tatsache, deren Eintragung vorgeschrieben ist, nicht eingetragen, kann sie einem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden.<sup>560</sup>

Neben dem Informationszweck erfüllt das Handelsregister bzw. die Pflicht zur Eintragung in demselben noch weitere Funktionen. Der

<sup>556</sup> Vgl. das europäische Recht, welches zum Schutz des Schwächeren vorrangig auf das Informationsmodell setzt; s. dazu RÖSLER, 894.

<sup>557</sup> Grundlegend zur Frage des «informationellen Gläubigerschutzes», s. PELLENS/KEMPER/SCHMIDT, 387, und PETER, *passim*.

<sup>558</sup> BGE 108 II 122 E. 5 S. 129.

<sup>559</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 Rz. 9.

<sup>560</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 Rz. 75.

Namens- und Firmenschutz (Art. 157 IPRG; Art. 956 OR), die Konkursbetreibung (Art. 39 f. SchKG) sowie andere Gläubigerschutzinstrumente<sup>561</sup> knüpfen an die Eintragungspflicht im Handelsregister an. Des Weiteren hängen die Pflicht zur kaufmännischen Buchhaltung (Art. 957 OR) sowie steuerrechtliche Vorschriften von der Existenz der Eintragungspflicht ab. Die Abgrenzung und Feststellung der Handelsregister-Eintragungspflicht ist somit für die Anwendbarkeit einer ganzen Reihe von Vorschriften relevant. Die Eintragung in das Handelsregister stellt zudem oftmals das entscheidende Element für die Bestimmung des anwendbaren Rechts dar: Der Ort des Registereintrags bestimmt *de facto* das anwendbare Recht.

## **B) Sonderanknüpfung für ausländische Zweigniederlassungen**

Je intensiver sich die Beziehungen eines Sachverhalts zum Inland gestalten, desto grösser ist das Interesse eines Landes an der flächendeckenden Anwendung *seiner* Informationsvorschriften. Das schweizerische Recht unterscheidet deshalb zwischen ausländischen Gesellschaften und deren inländischen Zweigniederlassungen.<sup>562</sup>

Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften sind an ihrem inländischen schweizerischen Sitz in das Handelsregister einzutragen<sup>563</sup> und unterstehen schweizerischem Recht,<sup>564</sup> nach welchem sich auch ihre Vertretungsmacht richtet. Mindestens eine zur Vertretung befugte Person muss zudem in der Schweiz Wohnsitz haben und im Handelsregister eingetragen sein (Art. 160 Abs. 2 IPRG). Der Eintrag muss unter anderem die Firma beziehungsweise den Namen, die Rechtsform und den Sitz der Hauptniederlassung, die Höhe und Währung eines allfälligen Gesellschaftskapitals und Angaben zu den geleisteten Einlagen, sowie die

<sup>561</sup> Siehe z.B. Art. 164 Abs. 1 IPRG.

<sup>562</sup> BGE 117 II 85 E. 3 S. 87: Zweigniederlassungen sind kaufmännische Betriebe, die zwar rechtlich Teil einer ausländischen Hauptunternehmung sind und von diesen abhängen, die aber in eigenen Räumlichkeiten dauernd eine gleichartige Tätigkeit wie die Hauptunternehmung ausüben und dabei über eine gewisse wirtschaftliche und geschäftliche Unabhängigkeit verfügen.

<sup>563</sup> Art. 160 Abs. 3 IPRG i.V.m. Art. 113 ff. HRegV; Art. 935 Abs. 2 OR.

<sup>564</sup> Art. 160 Abs. 1 IPRG; BGE 102 Ib 110 E. 2 S. 111 ff.; vgl. die Situation in Deutschland: Die Registereintragungspflicht für ausländische Zweigniederlassungen ergibt sich aus der Qualifikation des Registerrechts als öffentliches Recht: RIEGGER, 513.



Namen der zur Vertretung der Zweigniederlassung berechtigten Personen umfassen (Art. 114 HRegV).

Die Gläubiger der Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft haben somit die Möglichkeit, sich über deren Haftungs- und Vertretungsverhältnisse zu informieren. Die Eintragungspflichten sind geeignet, den Schutz der Gläubiger sicherzustellen, da diesen die Möglichkeit gegeben wird, sich zu informieren und ihre Handlungen an diese Informationen anzupassen. Anders verhält es sich bei ausländischen Gesellschaften, die nicht über eine Zweigniederlassung tätig werden.

### C) Handelsregistereintragungspflicht als Teil des Gesellschaftsstatuts

Gemäss Art. 155 IPRG bestimmt das auf die Gesellschaft anwendbare Recht auch deren Entstehung. Die registerrechtliche Eintragungspflicht einer ausländischen Gesellschaft ist somit primär dem ausländischen Gesellschaftsstatut zu entnehmen, da die Eintragung ein Element des Gründungsprozesses ist. Ausländische Gesellschaften sind – anders als ihre Zweigniederlassungen, die einer Sonderanknüpfung unterliegen<sup>565</sup> – nicht zu einer Eintragung in das schweizerische Handelsregister verpflichtet, solange sie sich keiner Zweigniederlassung bedienen. Das schweizerische Registerrecht beschränkt seine eigene Anwendung, trotz seines öffentlichrechtlichen Charakters,<sup>566</sup> auf *schweizerische* Gesellschaften.<sup>567</sup> Hier besteht eine potentielle Lücke im Gläubigerschutz.

<sup>565</sup> Siehe dazu B) auf der vorherigen Seite.

<sup>566</sup> MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR Rz. 193; EIDENMÜLLER–REHBERG, § 5 Rz. 73; zu den für die Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht relevanten Kriterien und Theorien, s. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 52 ff. Rz. 253 ff.

<sup>567</sup> Art. 934 OR sieht zwar eine generelle Eintragungspflicht vor, welche prinzipiell auch für ausländische Gesellschaften relevant sein könnte: Nach kaufmännischer Art geführte Gewerbe müssen in das Handelsregister am Ort der Hauptniederlassung eingetragen werden. Art. 934 OR ist jedoch nur auf natürliche Personen anwendbar, die ein Gewerbe als selbstständige Person oder über eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit betreiben (a.A. ZK–VISCHER, Art. 157 IPRG N 4) und führt deshalb nicht zu einer Eintragungspflicht für ausländische juristische Personen. Art. 934 OR schreibt in der Tat die Eintragung «am Ort der Hauptniederlassung» vor, welche bei ausländischen Gesellschaften mit dem statutarischen Sitz *im Ausland* übereinstimmt. Der schweizerische Gesetzgeber kann aber nicht über ausländische Behörden bestimmen, so dass Art. 934 OR nicht auf ausländische Gesellschaften anwendbar sein kann, würde er doch sonst ausländische Gesellschaften zu einer Eintragung in das Handelsregister am Ort ihrer Hauptniederlassung verpflichten.

Gläubiger einer ausländischen Gesellschaft, deren Geschäftsbeziehungen zum Inland nicht den Grad einer Zweigniederlassung erreichen, sind einer potentiellen Schutzlücke ausgesetzt: Sie können sich nicht im inländischen Handelsregister über die ausländische Gesellschaft informieren. Eine direkte Anwendung der schweizerischen Registervorschriften auf ausländische Gesellschaften ist jedoch nicht möglich, da ihr Anwendungsbereich auf schweizerische Gesellschaften beschränkt ist.<sup>568</sup> Ausländische Registervorschriften können den Gläubigerschutz durch Information zudem nur bedingt sicherstellen: Ein ausländischer Handelsregisterauszug, der gegebenenfalls in einer ausländischen Sprache erstellt ist, wird oftmals nur schwer zugänglich sein.

#### **D) Gläubigerschutz durch Sonderanknüpfung der Haftung**

Trotz der erwähnten potentiellen Regelungslücke besteht keine Lücke im Gläubigerschutz. Das IPRG sieht mit Art. 159 eine Sonderanknüpfung vor.<sup>569</sup> Erweckt eine ausländische Gesellschaft, deren Geschäfte in der Schweiz oder von der Schweiz aus geführt werden, bei einem gutgläubigen Dritten<sup>570</sup> den Anschein, sie sei eine schweizerische Gesellschaft, wird sie auch auf dem von ihr erweckten Rechtsschein behaftet, und ihre Haftung unter das schweizerische Recht gestellt. Obwohl eine ausländische Gesellschaft somit nicht in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist und ein allfälliger ausländischer Handelsregistereintrag im täglichen Geschäftsverkehr in der Regel nicht zur Verfügung stehen wird, müssen ausländische Gesellschaften in der Schweiz den inländischen Grundsatz der Firmenwahrheit beachten und sind zum Führen des (ausländischen) Rechtsformzusatzes verpflichtet, um nicht gemäss Art. 159 IPRG unter die schweizerischen Haftungsvorschriften zu fallen. Diese Sonderanknüpfung führt somit dazu, dass inländische Gläubiger entweder über die «Identität» der ausländischen Gesellschaft informiert sind, oder aber von einer Haftung der ausländischen Gesellschaft gemäss

Bezeichnenderweise sind in den kantonalen Handelsregistern keine ausländischen Gesellschaften eingetragen, sondern lediglich deren Zweigniederlassungen.

<sup>568</sup> Siehe Anm. 567 auf der vorherigen Seite.

<sup>569</sup> Siehe dazu ausführlich b) auf S. 123.

<sup>570</sup> Vgl. Botschaft IPRG, BBl **1983** I 263, S. 445; s.a. ZK-VISCHER, Art. 159 IPRG N 6 ff., m.w.H.

schweizerischem Recht profitieren, sodass ihr informationeller Schutz vor Auslandsgesellschaften gewährleistet ist.

Im Ergebnis wird der informationelle Gläubigerschutz bei ausländischen Gesellschaften über die Sonderanknüpfung für Zweigniederlassungen und die Rechtsscheinhaftung des Art. 159 IPRG sichergestellt. Dies schliesst eine Anwendung der inländischen Handelsregistervorschriften als Eingriffsnormen somit aus.<sup>571</sup>

## 2. Firmenrechtliche Vorschriften

### A) Schutzzweck der firmenrechtlichen Vorschriften

Firmenrechtliche Vorschriften<sup>572</sup> dienen der Individualisierung im Geschäftsverkehr (Art. 951 Abs. 2 OR)<sup>573</sup> und schützen das Interesse der Allgemeinheit an wahren, klaren und nicht täuschenden Gesellschaftsnamen (Art. 944 OR).<sup>574</sup> Die Allgemeinheit soll anhand der Firma die Rechtsform und die Haftungsverhältnisse einer Gesellschaft erkennen können,<sup>575</sup> um so das Informationsgefälle gegenüber der Gesellschaft und ihren Mitgliedern auszugleichen. Das Firmenrecht dient des Weiteren auch dem Schutz des Wettbewerbs: Das Verbot irreführender Firmen (Art. 3 lit. b UWG) sowie das Gebot der Unterscheidungskraft der Firmen dienen der Lauterkeit im Geschäftsverkehr und verhindern, dass ein Verbraucher in seinem Vertrauen auf die erwartete Qualität der Produkte und Dienstleistungen getäuscht wird.<sup>576</sup> Firmen müssen individuell einer Gesellschaft zugeordnet werden können, was neben dem privaten auch einem öffentlichen Interesse dient.<sup>577</sup>

Das Firmenrecht dient aber auch dem Schutz Dritter gegenüber der Gesellschaft und somit dem Gläubigerschutz, was die Behandlung der firmenrechtlichen Vorschriften im vorliegenden Kapitel rechtfertigt.

<sup>571</sup> Siehe D) auf S. 78.

<sup>572</sup> Die Firma ist der «wirtschaftliche Name», unter dem Geschäfte geführt werden und prozessual in Erscheinung getreten wird.

<sup>573</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 7 Rz. 41.

<sup>574</sup> VON BÜREN-HILTI, 10.

<sup>575</sup> VON BÜREN-HILTI, 20.

<sup>576</sup> Vgl. Art. 944 Abs. 1 OR; s.a. LAMSA, 243 ff.; EIDENMÜLLER-REHBERG, § 5 Rz. 33.

<sup>577</sup> BGE 101 Ib 361 E. 4.a S. 363 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 7 Rz. 124.

## **B) Direkte Sonderanknüpfung für Zweigniederlassungen**

Errichtet eine ausländische Gesellschaft im Inland eine Zweigniederlassung, so richtet sich die Bildung der Firma dieser Zweigniederlassung gem. Art. 160 IPRG nach den inländischen Grundsätzen.<sup>578</sup> Zweigniederlassungen müssen gem. Art. 952 Abs. 2 OR die gleiche Firma führen wie die Hauptniederlassung, sowie in ihrer Firma den Ort dieser Hauptniederlassung, den Ort der Zweigniederlassung und die ausdrückliche Bezeichnung als solche enthalten.<sup>579</sup> Der vollständige Name sowie der Rechtsformzusatz (Art. 950 OR) sind in jeder Geschäftskorrespondenz zu verwenden (Art. 954a Abs. 1 OR).

Diese Informationen ermöglichen die *Selbstinformation* der Gläubiger über die Rechtsform der Niederlassung, die Haftungsorganisation und das Gesellschaftskapital des dahinterstehenden Unternehmens. Inländische Gläubiger sind somit stets darüber informiert, dass sie mit der Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft in Kontakt stehen, und bedürfen keines zusätzlichen Schutzes.<sup>580</sup> Wer die Hinweise «Ltd.» oder «BV» für englische bzw. niederländische Gesellschaftsformen ohne Mindestkapital missachtet und trotzdem mit einer entsprechenden Zweigniederlassung Geschäfte eingeht, hat diese Entscheidung informiert gefällt und ist dementsprechend auch nicht in einem etwaigen, ungerechtfertigten Vertrauen auf eine bessere Kapitalausstattung der Gesellschaft schützenswert. Eine Verletzung dieser Informationsvorschriften würde zu Haftungsfolgen führen und so zum Gläubigerschutz beitragen.

Vor Inkrafttreten des IPRG wurde Art. 952 OR als *loi d'application immédiate* angesehen.<sup>581</sup> Mit Art. 160 IPRG ist die Anwendung des Art. 952 OR heute auch ohne einen entsprechenden Umweg über Art. 18 IPRG gewährleistet, so dass sich die Anwendung als Eingriffsnorm erübrigt.<sup>582</sup> Anders verhält es sich bei ausländischen Gesellschaften ohne Zweigniederlassung in der Schweiz.

<sup>578</sup> Art. 160 IPRG i.V.m. Art. 952 Abs. 2 OR; GAUCH, 310.

<sup>579</sup> Die Firma der Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft in der Schweiz würde etwa lauten «Gesellschaft Ltd., Dublin, Zweigniederlassung Zürich».

<sup>580</sup> EIDENMÜLLER–EIDENMÜLLER, § 3 Rz. 35; MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR Rz. 429.

<sup>581</sup> SCHWANDER, Lois, 272.

<sup>582</sup> Siehe aa) auf S. 71.

### C) Indirekte Sonderanknüpfung für Gesellschaften

**a) Grundsätzliche Relevanz des Gesellschaftsstatuts und mögliche Lücken im Gläubigerschutz** Gem. Art. 155 lit. d IPRG untersteht die Bildung der Firma eines Unternehmens dem – gegebenenfalls ausländischen – Gesellschaftsstatut. Das Personal- bzw. Gesellschaftsstatut entscheidet über die Bildung der Firma, und die dessen Anforderungen entsprechende Bezeichnung wird auch in der Schweiz als gültig anerkannt.<sup>583</sup> Dies kann zu Lücken im Gläubigerschutz führen: Eine «ausländische» Firma darf auch dann in der Schweiz benutzt werden, wenn sie dem schweizerischen Firmenrecht widersprechen würde.<sup>584</sup>

Die Figur des Ordre public erlaubt zwar die Beachtung nationaler Minimalstandards im Firmenrecht.<sup>585</sup> Die Vorbehaltsklausel kann jedoch erst dann eingreifen, wenn sich in einem konkreten Sachverhalt die Frage nach dem anwendbaren Recht stellt, und sich im Einzelfall daraus ergibt, dass das Resultat nicht mit der schweizerischen Rechtsauffassung vereinbar wäre. Dies wäre erst dann der Fall, wenn der Grundsatz der Firmenwahrheit in krasser Weise verletzt würde.<sup>586</sup> Der spezifisch internationalprivatrechtliche Schutzmechanismus greift somit zu spät.<sup>587</sup> Er wird dem Schutzzweck der firmenrechtlichen Vorschriften nicht gerecht, welche eine *abstrakte* Gefährdung des Rechtsverkehrs verhindern wollen – eine abstrakte Gefährdung, die unabhängig von der Frage nach dem anwendbaren Recht vorliegt, und deshalb eine uniforme Anwendung<sup>588</sup> des inländischen Rechts voraussetzt. Die Vorbehaltsklausel ist nicht geeignet, die Firmenwahrheit und Firmenunterscheidbarkeit zu garantieren.

Nachfolgend ist zu untersuchen, wie die potentielle Schutzlücke geschlossen werden kann.

<sup>583</sup> BGE 91 II 117 E. II.2 S. 125.

<sup>584</sup> VON BÜREN-HILTI, 19; GAUCH, 308; vgl. BGE 37 II 370 E. 2 S. 374.

<sup>585</sup> ZK-VISCHER, Art. 155 IPRG N 19; MARTZ, 74 ff.

<sup>586</sup> VON BÜREN-HILTI, 20.

<sup>587</sup> EIDENMÜLLER-REHBERG, § 5 Rz. 36. Für REHBERG handelt es sich bei den firmenrechtlichen Vorschriften explizit um *Eingriffsnormen*, da der Ordre public aufgrund seiner strengen Anwendungsbedingungen im Ergebnis nicht geeignet sei, die Grundsätze der Firmenwahrheit und Firmenunterscheidbarkeit zu garantieren.

<sup>588</sup> Siehe dazu d) auf S. 59.

**b) Anwendung des inländischen Firmenrechts auf ausländische Gesellschaften**

Um eine abstrakte Gefährdung der Gläubiger zu verhindern, müssen die inländischen Vorschriften über die Firmenwahrheit *immer* zur Anwendung gelangen. Nur so können sich die Gläubiger genügend über die Risiken informieren, welche sie durch Geschäftsbeziehungen mit einer ausländischen Gesellschaft eingehen, da nur auf diese Weise der informationelle Schutz sichergestellt wird. Wegen des starken öffentlichen Interesses am Schutz des inländischen Rechtsverkehrs vor Irreführungen sowie dem generellen Anliegen der Identifizierbarkeit der Gesellschaften<sup>589</sup> darf keine potentielle Schutzlücke offen gelassen werden.

Die Wichtigkeit, welche der Gesetzgeber dem Firmenrecht zumisst, wird durch die Sonderanknüpfungen im IPRG hervorgehoben. Gemäss Art. 157 IPRG richtet sich der Schutz des Namens oder der Firma einer im schweizerischen Handelsregister eingetragenen Gesellschaft nach schweizerischem Recht. Im schweizerischen Handelsregister eingetragene Firmen sollen somit besser gestellt werden als jene, die nicht eingetragen sind.<sup>590</sup> Art. 157 IPRG regelt aber weder die Bildung noch den Gebrauch von Firmen und kann deshalb nicht die Anwendung des inländischen Firmenrechts auf ausländische Gesellschaften sicherstellen.

Der informationelle Gläubigerschutz wird hingegen über Art. 159 IPRG gewährleistet. Art. 159 IPRG sieht vor, dass inländische Gläubiger einer ausländischen Gesellschaft im gutgläubigen Vertrauen auf die Existenz einer inländischen Gesellschaftsform auch in diesem Vertrauen zu schützen sind.<sup>591</sup>

Die Rechtsschein-<sup>592</sup> bzw. Anscheinshaftung<sup>593</sup> des Art. 159 IPRG knüpft an die Verletzung von Informationsstandards an, welche durch die inländischen firmenrechtlichen Vorschriften vorgegeben werden. Letztere müssen somit *de facto* auch von ausländischen Gesellschaften als Standard angesehen werden, da sie sonst riskieren, in Anwendung von Art.

<sup>589</sup> EIDENMÜLLER–REHBERG, § 5 Rz. 44.

<sup>590</sup> BGE 79 II 305 E. 1.d S. 312; Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 444; ist eine Gesellschaft nicht im schweizerischen Handelsregister eingetragen, so richtet sich der Schutz ihres Namens oder ihrer Firma nach dem auf den unlauteren Wettbewerb oder nach dem auf die Persönlichkeitsverletzung anwendbaren Recht.

<sup>591</sup> GHANDCHI, *passim*.

<sup>592</sup> VISCHER, IntGesR, 34; BOLLACHER, 203.

<sup>593</sup> VISCHER, IntGesR, 34.

159 IPRG behaftet zu werden.<sup>594</sup> Konkret haben ausländische Gesellschaften in der Schweiz den inländischen Grundsatz der Firmenwahrheit zu beachten, insbesondere die Verpflichtung zum Führen des Rechtsformzusatzes, um nicht gemäss Art. 159 IPRG unter die schweizerischen Haftungsvorschriften<sup>595</sup> zu fallen.<sup>596</sup> Werden diese Informationsvorschriften nicht beachtet, sind die inländischen Gläubiger konsequenterweise auch in ihrem Vertrauen auf die Haftungsausstattung (Gesellschaftskapital) der Gesellschaft zu schützen, und die ausländischen Gesellschafter gemäss dem erweckten Schein zu behandeln.<sup>597</sup> Art. 159 IPRG fungiert hier als Auffangtatbestand gegenüber den firmenrechtlichen Vorschriften und dient dem Schutz des erweckten Vertrauens in die Anwendung des *schweizerischen* Rechts.<sup>598</sup> Im Ergebnis wird somit über Art. 159 IPRG der Gläubigerschutz gegenüber ausländischen Gesellschaften ausreichend gewährleistet.

<sup>594</sup> Tritt eine Gesellschaft ohne Rechtsformzusatz im Rechtsverkehr auf, können Dritte davon ausgehen, dass es sich um eine Personengesellschaft mit unbeschränkter persönlicher Haftung der Gesellschafter handelt (Art. 950 OR *e contrario*).

<sup>595</sup> Art. 754 ff. OR bei Aktiengesellschaften; ist für ausländische Gesellschaftsformen kein schweizerisches Äquivalent zu finden, verweist Art. 159 IPRG auf die allgemeinen Haftungsnormen, insbesondere Art. 55 Abs. 3 ZGB, Art. 41 ff. OR oder Art. 55 OR (BSK IPRG–VON PLANTA/EBERHARD, Art. 159 N 13); so auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 7 Rz. 96.

<sup>596</sup> ZK–VISCHER, Art. 159 IPRG N 8; BSK IPRG–VON PLANTA/EBERHARD, Art. 159 N 6.

<sup>597</sup> Vgl. die Situation in Deutschland: Die Haftung für das Erwecken eines irreführenden Scheines ist internationalprivatrechtlich selbständig anzuknüpfen und richtet sich nach dem Recht des Orts, an dem der Schein entstanden ist und sich ausgewirkt hat (BOLLACHER, 203; KINDLER, Niederlassungsfreiheit, 1785 ff.).

<sup>598</sup> Die Haftung wäre selbst dann nach schweizerischem Recht zu beurteilen, wenn sich das ausländische Gesellschaftsstatut für den Gläubiger als vorteilhafter erwiese (a.A. ZK–VISCHER, Art. 159 IPRG N 4; DASSER, *Ordre public*, 42; BSK IPRG–VON PLANTA/EBERHARD, Art. 155 N 22). Die Sonderanknüpfung der Haftung dient primär dem Schutz des erweckten Vertrauens in die Anwendung des *schweizerischen* Rechts (GHANDCHI, 94). Aus diesem Grund darf den Gläubigern kein Wahlrecht eingeräumt werden, sondern es ist das schweizerische Recht anzuwenden, auf dessen Anwendung die Gläubiger vertrauten (SCHNYDER, Anknüpfung, 382; VISCHER/VOLKEN, 39; vgl. ZIMMER, *IntGesR*, 329 f.).

#### D) Firmenrecht als Eingriffsrecht?

Das Firmenrecht verfolgt primär öffentliche Anliegen. Firmenrechtliche Vorschriften sollen das Publikum in seiner Allgemeinheit vor Täuschungen schützen<sup>599</sup> und dienen der Verkehrssicherheit. Gläubiger profitieren gemäss h.L. lediglich als «freerider» von diesen für die Allgemeinheit bestimmten Normen.<sup>600</sup> Das Nichteinhalten firmenrechtlicher Vorschriften wird zudem strafrechtlich sanktioniert (Art. 326ter StGB). Die firmenrechtlichen Vorschriften stehen somit dem öffentlichen Recht nahe.<sup>601</sup>

Der Grundsatz der Firmenwahrheit<sup>602</sup> wird in der deutschen Literatur und Rechtsprechung – zumindest in Bezug auf das Erfordernis des Rechtsformzusatzes – als Eingriffsnorm angesehen.<sup>603</sup> Auch in der österreichischen Literatur ist die Qualifikation des Firmenrechts umstritten, jedoch geht die h.L. in Richtung privatrechtliche Qualifizierung, mit Sonderanknüpfung auf Grundlage des Rechtsinstituts der Eingriffsnorm oder einer Anwendung der inländischen Vorschriften nach dem Grundsatz der stärksten Beziehung am Verwaltungssitz der Gesellschaft.<sup>604</sup> Wie nachfolgend dargelegt wird, rechtfertigt sich diese eingriffsrechtliche Anwendung für die Schweiz nicht.

Auf Zweigniederlassungen sind die inländischen firmenrechtlichen Vorschriften über die Sonderanknüpfung des Art. 160 IPRG anwendbar. Es bedarf somit keiner zwingenden Anwendung *unabhängig* von dem durch das IPRG bezeichneten Recht im Sinne des Art. 18 IPRG. Auch ausländische Gesellschaften ohne Zweigniederlassungen in der Schweiz haben, trotz der grundsätzlichen Relevanz ihres ausländischen Gesellschaftssta-

<sup>599</sup> BGE 117 II 192 E. 4.b.aa S. 197.

<sup>600</sup> Vgl. die Ausführungen über gläubigerorientierte Publizitätsnormen bei MEIER-SCHATZ, 253.

<sup>601</sup> FUCHS, *passim*; s.a. MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR Rz. 210.

<sup>602</sup> Jede Firma muss die rechtliche Natur des dahinterstehenden Unternehmens erkennen lassen; täuschende Firmenzusätze sind wegen ihres irreführenden Charakters firmen- und wettbewerbsrechtlich nicht zulässig.

<sup>603</sup> EIDENMÜLLER–REHBERG, § 5 Rz. 52; BGH, Urt. v. 05.02.2007 (II ZR 84/05), IPRax 2008 [1], 30–36 (= NJW 2007 [21], 1529 ff.): Die Rechtsscheinhaftung wegen Fortlassung des Formzusatzes gilt auch bei einer niederländischen *Besloten Vennootschap* (Gesellschaft niederländischen Rechts), wenn der durch den für sie auftretenden Vertreter verursachte Rechtsschein in Deutschland entstanden ist und sich dort ausgewirkt hat.

<sup>604</sup> FUCHS, 262, 264.



tuts, aufgrund der Haftungsandrohung des Art. 159 IPRG das Verbot der Irreführung sowie das Mindesterfordernis des Rechtsformzusatzes zu beachten. Die Anwendung der firmenrechtlichen «Eingriffsnormen» erfolgt somit aufgrund der Haftungsandrohung der gesetzlichen Sonderanknüpfungen, und nicht über Art. 18 IPRG.

Das Bundesgericht hat in einem jüngeren Entscheid die Frage aufgeworfen und unbeantwortet gelassen, ob nicht das ausländische Firmenrecht gegebenenfalls trotz des klaren Wortlauts des Art. 160 IPRG auch auf ausländische Zweigniederlassungen anzuwenden sei.<sup>605</sup> Dies kann als Indiz dafür angesehen werden, dass Vorschriften, die einen besonderen Zweck verfolgen und deshalb über eine Sonderanknüpfung gesondert zur Anwendung gebracht werden,<sup>606</sup> nicht *per se* immer zur Anwendung kommen müssen, sondern nur dann, wenn der Regelverweis nicht das gewünschte Resultat erzielt.<sup>607</sup>

Im Ergebnis wird der Gläubigerschutz durch firmenrechtliche Informationsvorschriften über die Sonderanknüpfungen der Art. 159 und Art. 160 IPRG sichergestellt. Ihre Anwendung über Art. 18 IPRG ist somit nicht erforderlich.

### 3. Buchführung und Rechnungslegung

#### A) Vielseitiger Schutzzweck

Rechnungslegungsvorschriften verfolgen sehr heterogene Informationsziele. Zum einen verbessern sie die Transparenz hinsichtlich der finanziellen Situation eines Unternehmens (*interne Information*). Dies dient vorab einer sachgerechten Unternehmensführung und betrifft somit *wirtschaftliche Interessen*,<sup>608</sup> was im Übrigen auch dem Zweck der historischen

<sup>605</sup> BGE 130 III 58 E. 5.1 S. 61.

<sup>606</sup> Gem. der hier vertretenen Auffassung ist diese Überlegung auch auf Eingriffsnormen zu übertragen.

<sup>607</sup> Vgl. c) auf S. 70. Auch das Rechtsmissbrauchsverbot – in BGE 128 III 201 E. 1.b ff. S. 205 ff. explizit dem positiven Ordre public zugerechnet – wird nur dann als Eingriffsnorm angewendet, wenn es nicht bereits über den Regelverweis zur Anwendung gelangt und der Schutzzweck nicht ohnehin durch die verwiesene Rechtsordnung erfüllt wird; s. dazu Anm. 376 auf S. 79.

<sup>608</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 8 Rz. 7.

Rechnungslegungsvorschriften entspricht.<sup>609</sup> Die Selbstinformation des Unternehmens fördert und schützt gleichzeitig auch die Interessen sämtlicher an einer Gesellschaft beteiligter Personen, wie etwa der Gesellschafter, Arbeitnehmer, Investoren oder Gläubiger (*externe Information*).<sup>610</sup> Sie alle haben ein Interesse an der gesunden wirtschaftlichen Situation «ihres» Unternehmens, was betriebswirtschaftlich sinnvolle und konsequente Entscheidungen der Geschäftsführer voraussetzt, die ohne Jahresrechnung nicht möglich wären.

Informationen über die wirtschaftliche Unternehmenslage sind ein wichtiger Bestandteil des Gläubiger- und Anlegerschutzes. Der Individualschutz der Anleger, Gesellschafter und Gläubiger, der durch die Pflicht zur Rechnungslegung erreicht wird, dient zumindest indirekt auch der Öffentlichkeit.<sup>611</sup> Der Schutz der Kapitalanleger ist Voraussetzung für das Funktionieren des gesamten Kapitalmarkts, während der Gläubigerschutz einen wichtigen Faktor für die Stabilität des Kreditwesens sowie der Volkswirtschaft im Allgemeinen darstellt. Die Jahresrechnung bildet zudem die Grundlage für die Besteuerung der Unternehmen,<sup>612</sup> so dass der Rechnungslegung neben privatrechtlichen auch öffentlichrechtliche Funktionen zukommen.<sup>613</sup>

Rechnungslegungsvorschriften beeinflussen in erheblichem Masse das wirtschaftliche Bild eines Unternehmens. Je nach Bewertung der vorhandenen Aktiven und Passiven kann für ein und dasselbe Unternehmen im gleichen Abschlussjahr ein Milliarden Gewinn oder -verlust resultieren,<sup>614</sup> was auch für die Ermittlung des verteilungsfähigen Jahresertrags relevant ist<sup>615</sup> und somit einen Einfluss darauf hat, welche Vermögenswerte ein Unternehmen an die Kapitalanleger verteilen darf oder vielmehr für die Gläubiger als Haftungssubstrat zurückzustellen hat.

<sup>609</sup> ZIMMER, Rechnungslegung, 545: Die Pflicht zur Rechnungslegung wurde soweit ersichtlich erstmals 1673 in der *Ordonnance de commerce* in Frankreich auferlegt und diente ausschliesslich der kaufmännischen Selbstkontrolle.

<sup>610</sup> Botschaft Rechnungslegungsrecht, BBl 2008 1589, S. 1622, 1747.

<sup>611</sup> SONNENBERGER, Rechnungslegung, 554.

<sup>612</sup> Botschaft Rechnungslegungsrecht, BBl 2008 1589, S. 1719.

<sup>613</sup> EIDENMÜLLER/REHBERG, 443.

<sup>614</sup> Vgl. das bei MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 8 Rz. 45 erwähnte Beispiel.

<sup>615</sup> ZIMMER, Rechnungslegung, 545.

## B) Schweizerische Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften

Vorschriften zu Buchführung und Rechnungslegung finden sich im Gesellschafts-, Straf- und Kapitalmarktrecht.

**a) Gesellschaftsrechtliche Vorschriften** Wer verpflichtet ist, seine Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen, ist gehalten, Geschäftsbücher zu führen (Art. 957 OR). Als *Buchführung* wird die vollständige, wahrheitsgetreue und systematische Erfassung derjenigen Geschäftsvorfälle und Sachverhalte bezeichnet, die für die Darstellung der Vermögens-, Finanzierungs- und Ertragslage eines Unternehmens notwendig sind.<sup>616</sup> Sie bildet die Grundlage für die *Rechnungslegung*, einer übersichtlichen und zweckorientierten Darstellung der in der Buchführung erfassten Geschäftsvorfälle (Art. 662, Art. 801 OR).<sup>617</sup>

Die Pflicht zur Rechnungslegung umfasst das Erstellen einer Jahresrechnung, die sich aus der Bilanz, der Erfolgsrechnung und weiteren Informationen im Anhang der Jahresrechnung zusammensetzt (Art. 662 Abs. 2 OR). Zudem wird die Erstellung eines Inventars verlangt (Art. 958 OR), sowie gegebenenfalls eine Konzernrechnung (Art. 663e OR), falls das Unternehmen eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammenfasst.<sup>618</sup>

<sup>616</sup> Botschaft Rechnungslegungsrecht, BBl 2008 1589, S. 1697.

<sup>617</sup> Das heutige Rechnungslegungsrecht differenziert nach Gesellschaftstyp. Im Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Botschaft Rechnungslegungsrecht, BBl 2008 1589) ist vorgesehen, die Buchführungsvorschriften *rechtsformübergreifend* auszugestalten. Dennoch werden im vorliegenden Abschnitt die Buchhaltungs- und Rechnungslegungsvorschriften der AG und der GmbH gemeinsam behandelt, zumal die Bestimmungen über die GmbH betreffend die Rechnungslegung ohnehin auf die Vorschriften der AG verweisen (Art. 801 OR).

<sup>618</sup> Die Bilanz ist die Darstellung der Vermögenslage eines Unternehmens zu einem bestimmten Zeitpunkt, welche Auskunft über die Aktiven und Passiven bzw. die Vermögenswerte und Eigenmittel sowie die Verbindlichkeiten und Rückstellungen gibt (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 8 Rz. 24). Das Inventar ist die Bestandsaufnahme nach Gattung, Menge und Wert der einzelnen Vermögens- und Schuldteile (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 8 Rz. 28). Die Betriebsrechnung, auch Erfolgsrechnung genannt, ist die Gegenüberstellung der Aufwendungen und Erträge einer Geschäftsperiode, woraus ein Gewinn oder Verlust resultiert (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 8 Rz. 27; Botschaft Rechnungslegungsrecht, BBl 2008 1589, S. 1707).

Die Rechnungslegungsvorschriften des schweizerischen Obligationenrechts sind auf den Gläubigerschutz ausgerichtet.<sup>619</sup> Bei der Erstellung der Bilanz sind alle Aktiven «höchstens nach dem Werte anzusetzen, der ihnen im Zeitpunkt, auf welchen die Bilanz errichtet wird, für das Geschäft zukommt» (Art. 960 Abs. 2 OR). Dieses Prinzip der vorsichtigen Bewertung<sup>620</sup> bedingt, dass Gewinne nur dann in der Rechnungslegung berücksichtigt werden dürfen, wenn sie im Zeitpunkt der Buchung bereits realisiert sind.<sup>621</sup> Das Imparitätsprinzip schreibt zudem vor, dass Verluste schon *vor* ihrer Realisierung als Rückstellungen zu verbuchen sind. Auch die Bildung stiller Reserven ist zugelassen (Art. 669 Abs. 3 OR), was für die Gläubiger von Vorteil ist, da ein grösseres Kapital in der Gesellschaft verbleibt und weniger an die Gesellschafter und Anleger ausgeschüttet werden kann. Die Unternehmer müssen somit erwirtschaftete oder entstandene Wertzuwächse nicht in die Bilanz aufnehmen.<sup>622</sup>

In Anbetracht dieses gläubigerschützenden Aspekts wird den Rechnungslegungsvorschriften in der deutschen Literatur teilweise ein öffentlichrechtlicher Charakter zugesprochen.<sup>623</sup>

**b) Strafrechtliche Vorschriften** Die Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht wird durch strafrechtliche Sanktionen ergänzt, die zur Anwendung kommen können, wenn Geschäftsbücher nicht ordnungsgemäss geführt werden (Art. 166 und Art. 325 StGB). Pflichtwidrige Auslassungen in Geschäftsbüchern können zudem als Falschbeurkundungen verfolgt werden (Art. 251 StGB).<sup>624</sup>

**c) Kapitalmarktrechtliche Vorschriften** Neben dem Gesellschaftsrecht sieht auch das Kapitalmarktrecht Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften vor. Rechnungslegungsvorschriften, die an eine Börsenkotierung und somit an das auf demjenigen Markt geltende Recht anknüpfen, auf dem die in Frage stehenden Papiere gehandelt werden, dienen aber nicht primär dem Gläubigerschutz, sondern vielmehr dem Schutz der An-

<sup>619</sup> Botschaft Rechnungslegungsrecht, BBl **2008** 1589, S. 1719.

<sup>620</sup> Botschaft Rechnungslegungsrecht, BBl **2008** 1589, S. 1625.

<sup>621</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 8 Rz. 58.

<sup>622</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 8 Rz. 60.

<sup>623</sup> RIEGGER, 515.

<sup>624</sup> Siehe BGE 129 IV 130 E. 2.2 S. 135, und BSK StGB II–Boog, Art. 251 N 57 f.

leger. Sie basieren auf einer Vermögensbewertung zum Marktwert und ermöglichen einen Vergleich zwischen den Unternehmen. Dementsprechend werden diese kapitalmarktrechtlichen Vorschriften später behandelt.<sup>625</sup>

### C) Rechnungslegungsrecht als Bestandteil des Gesellschaftsstatuts

Die Handelsregister-Eintragungspflicht, an welchen die Pflicht zur gesellschaftsrechtlichen Rechnungslegung anknüpft, ist nur für *schweizerische* Gesellschaftsformen vorgeschrieben.<sup>626</sup> Ausländische Gesellschaften müssen sich nicht in das schweizerische Handelsregister eintragen lassen; lediglich die *Zweigniederlassungen* der ausländischen Gesellschaften sind zu einem Registereintrag verpflichtet (Art. 935 Abs. 2 OR), und müssen die schweizerischen Vorschriften betreffend die Buchführung beachten (Art. 160 IPRG).<sup>627</sup>

Für ausländische Gesellschaften gilt somit, von speziellen börsenrechtlichen Regeln abgesehen,<sup>628</sup> das jeweilige ausländische Gesellschaftsrecht. Es kommen die ausländischen Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften zur Anwendung.<sup>629</sup> Zur Organisation einer Gesellschaft im Sinne des Art. 155 lit. e IPRG gehören in der Tat auch die Rechnungslegung sowie deren Überwachung, welche inhaltlich nicht vom Gesellschaftsstatut abzutrennen sind.<sup>630</sup>

<sup>625</sup> Siehe III. auf S. 165 und b) auf S. 181.

<sup>626</sup> Für Einzelunternehmen, Vereine und Stiftungen, die sich nicht von Gesetzes wegen in das Handelsregister eintragen lassen müssen, reicht eine einfache Buchhaltung, welche die Vermögenslage wiedergibt und die Einnahmen und Ausgaben erfasst.

<sup>627</sup> Vgl. MARTZ, 80 f. Die Pflicht zur Buchführung erstreckt sich auch auf die Zweigniederlassungen (BK-KÄFER, Art. 957 N 75), beschränkt sich aber auf die Buchführung *ohne* separate Rechnungslegung, wozu Zweigniederlassungen im Übrigen als unselbständige Gliedbetriebe ohne eigenes Kapital auch gar nicht fähig wären. Gem. ZK-BOSSARD, Art. 957 N 31, sind Zweigniederlassungen buchführungspflichtig, die Buchführung kann aber als Teil der Hauptbuchhaltung der Gesellschaft geführt werden.

<sup>628</sup> Siehe b) auf S. 181.

<sup>629</sup> Vgl. ZIMMERMANN/WALTI-RHINER, 870 f.

<sup>630</sup> ZIMMER, IntGesR, 179 f.; BSK IPRG-VON PLANTA/EBERHARD, Art. 155 N 11; GmbHG-Kommentar-BEHRENS, Allg. Einl. Rz. B 46.

## D) Mögliche Schutzlücken

Fallen der Ort der Hauptniederlassung und der Registrierungsort einer Gesellschaft international auseinander, sehen sich die Gesellschaftsgläubiger, welche in der Mehrzahl der Fälle am Ort der Hauptniederlassung zu lokalisieren sind und dort auch vermehrt mit der Gesellschaft in Kontakt treten, der Anwendung ausländischer Buchführungs- und Rechnungslegungsstandards ausgesetzt. Diese werden nicht unbedingt den externen Informationszwecken gerecht, weil keinerlei Garantie für die Gleichwertigkeit der Rechnungslegungsvorschriften gegeben ist.<sup>631</sup>

In der deutschen Literatur wird vereinzelt vorgeschlagen, die Rechnungslegung sei an den Ort der tatsächlichen Hauptniederlassung anzuknüpfen.<sup>632</sup> Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften würden primär dem Schutz der Allgemeinheit dienen,<sup>633</sup> so dass ihnen eine öffentlichrechtliche Natur zukomme,<sup>634</sup> die sich auch in der Strafbewehrtheit der Vorschriften zeige<sup>635</sup> und deshalb eine direkte Anwendung auf ausländische Gesellschaften als Eingriffsrecht rechtfertige.<sup>636</sup> Die Rechnungslegung stelle zudem in Bezug auf gesellschafts- und insolvenzrechtliche Problemstellungen eine Vorfrage dar, welche gesondert angeknüpft wer-

<sup>631</sup> SONNENBERGER, Vorschlag, 578.

<sup>632</sup> Siehe MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR Rz. 206, 253, der eine öffentlichrechtliche Einordnung der Rechnungslegungsvorschriften sowie eine Anwendung als Eingriffsnorm vorschlägt.

<sup>633</sup> Die Buchhaltung ist beispielsweise die Basis für die Besteuerung; vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 8 Rz. 16.

<sup>634</sup> SANDROCK, Rechnungslegung, 565; EIDENMÜLLER–REHBERG, § 5 Rz. 107.

<sup>635</sup> Art. 152, 163, 166, 170, 251 und 325 StGB.

<sup>636</sup> Interessanterweise hat sich die Argumentation der Bearbeiter des Münchener Kommentars im Laufe der Zeit signifikant verändert: In der 1. und 2. Auflage des Münchener Kommentars (1983 und 1990) wurden die Rechnungslegungsvorschriften stets diskussionslos dem Gesellschaftsstatut zugerechnet (MüKo (1. Aufl.) Bd. 7–EBENROTH, Nach Art. 10 EGBGB Rz. 302; MüKo (2. Aufl.) Bd. 7–EBENROTH, Nach Art. 10 EGBGB Rz. 344). Dies führte zur Anwendung des Rechts am Verwaltungssitz der Gesellschaft, da sich das Gesellschaftsstatut damals noch über die Sitztheorie bestimmte. Erst seitdem die Rechtsprechung des EuGH *de facto* die Inkorporationstheorie in Europa vorschreibt, wird argumentiert, das Recht der Rechnungslegung sei dem öffentlichen Recht zuzuordnen (MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR Rz. 253) und unabhängig vom Gesellschaftsstatut anzuknüpfen.

den könne.<sup>637</sup> Diese Argumentation kann aber nicht für die Schweiz übernommen werden.

Zwar ist nicht zu verkennen, dass die Rechnungslegungsvorschriften mit ihrer Relevanz für das Steuerrecht und ihrer Strafbewehrtheit gewisse Charakteristika des öffentlichen Rechts erfüllen. Dennoch überwiegen die Funktionen des privaten Interessenschutzes,<sup>638</sup> insbesondere die Aspekte des Gläubigerschutzes und der internen Information. Rechnungslegungsvorschriften werden deshalb als Teil des Organisationsrechts der Gesellschaften über die Inkorporationstheorie angeknüpft.<sup>639</sup>

Eine Anwendung der inländischen Rechnungslegungsvorschriften auf ausländische Gesellschaften erschiene auch deshalb problematisch, weil Rechnungslegungsvorschriften einen engen Zusammenhang zum Gesellschaftsrecht aufweisen und eine gesonderte Anknüpfung dieser Vorschriften zu einem Auseinanderfallen von Gesellschaftsstatut und anwendbarem Rechnungslegungsrecht führen würde.<sup>640</sup> Die Berechnung der Dividenden, Reserven etc. einer Gesellschaft basiert auf deren Buchführung und Rechnungslegung. Bei einer Sonderanknüpfung derselben wäre beispielsweise der verteilungsfähige Jahresertrag nicht mehr direkt aus der Bilanz ersichtlich.<sup>641</sup> Zudem wäre es nicht verständlich, warum das Gesellschaftskapital dem ausländischen Gesellschaftsstatut überlassen wird, nicht aber die Rechnungslegung, welche eine Voraussetzung für den Erhalt des Gesellschaftskapitals ist.

### **E) Gläubigerschutz trotz ausländischer Rechnungslegungsstandards**

Der Gläubigerschutz wird auch bei ausländischen Gesellschaften, die gemäss ausländischen Standards ihre Geschäftsberichte präsentieren, erreicht: Zuwiderhandlungen gegen Rechnungslegungsvorschriften können auch in der Schweiz strafrechtlich verfolgt werden. Geschütztes Rechtsgut der erwähnten strafrechtlichen Vorschriften (Art. 166, Art. 251 und Art. 325 StGB) ist generell der Schutz des öffentlichen Vertrauens in Urkunden sowie die Sicherstellung der Information über den Vermögensstatus von

<sup>637</sup> SONNENBERGER, Rechnungslegung, 558.

<sup>638</sup> Siehe A) auf S. 127.

<sup>639</sup> ZK-VISCHER, Art. 155 IPRG N 22.

<sup>640</sup> ZIMMER, Rechnungslegung, 548.

<sup>641</sup> EIDENMÜLLER-REHBERG, § 5 Rz. 109.

Unternehmen,<sup>642</sup> was auch für ausländische Unternehmen gilt. Bei diesen wird auf die Verletzung ihrer gegebenenfalls ausländischen Buchführungs- und Rechnungslegungsregeln abgestellt.

Zudem können sich Gläubiger mittels der Firma ausreichend darüber informieren, dass sie mit einem ausländischen Unternehmen in Kontakt stehen, und sind somit gegenüber den potentiellen Gefahren, die aus der Anwendung einer ihnen unbekannten Rechtsordnung erwachsen, nicht schützenswert.<sup>643</sup> Somit erübrigt sich die Frage nach der Anwendung der inländischen Rechnungslegungsvorschriften als Eingriffsrecht.

#### **4. Revisionspflicht**

##### **A) Revision als Mittel des Gläubigerschutzes**

Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften bilden die Grundlage für die wirtschaftliche Information über Gesellschaften. Damit ist jedoch noch nicht die Richtigkeit der gemachten Angaben belegt. Abschlussprüfungs- und Revisionspflichten ergänzen deshalb die Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften und ermöglichen so eine Kontrolle der Richtigkeit der gemachten Angaben; Rechnungslegung und Revision stellen zusammen ein Korrelat zur Haftungsbeschränkung juristischer Personen dar.<sup>644</sup>

Die Revisionspflicht verfolgt nicht nur den Zweck des Gläubigerschutzes. Bei Publikumsgesellschaften dient sie dem Investorenschutz, bei allen weiteren wirtschaftlich bedeutenden Unternehmen dem Schutz öffentlicher Interessen. In Privatgesellschaften kann der Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen oder der Schutz der Gläubiger eine Revision erforderlich machen.<sup>645</sup> Zudem verfolgt die Erweiterung der Revisionspflicht auch das Ziel, das Vertrauen der Gläubiger in die Rechtsform der schweizerischen GmbH zu stärken.<sup>646</sup> In Anbetracht dieser verschiedenen Zielsetzungen wird die Revisionspflicht deshalb auch im Rahmen des Anlegerschutzes behandelt.<sup>647</sup>

<sup>642</sup> BSK StGB II–BRUNNER, Art. 166 N 7; BSK StGB II–BOOG, Art. 251 N 5.

<sup>643</sup> Siehe 2. auf S. 121.

<sup>644</sup> Botschaft GmbH-Recht, BBl **2001** 3148, S. 3164.

<sup>645</sup> Botschaft Revisionspflicht, BBl **2004** 3969, S. 3970.

<sup>646</sup> Botschaft Revisionspflicht, BBl **2004** 3969, S. 3978.

<sup>647</sup> Siehe c) auf S. 182.



## **B) Inhalt der Revisionsvorschriften**

Die Revisionspflicht ist *rechtsformunabhängig* für alle juristischen Personen geregelt, bei denen die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen begrenzt ist.<sup>648</sup> Über den Umfang der Revision entscheidet die wirtschaftliche Bedeutung der einzelnen Gesellschaft (Art. 727, 727a OR).

Zur ordentlichen, umfassenden Revision verpflichtet sind Publikums- gesellschaften, die Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert oder Anlei- hensobligationen ausstehend haben,<sup>649</sup> sowie wirtschaftlich bedeutende Gesellschaften.<sup>650</sup> Gesellschaften, die nicht mehr als zehn Vollzeitstellen haben, sind lediglich zu einer eingeschränkten Revision verpflichtet, auf welche jedoch durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafter verzichtet werden kann (Art. 727a OR).

Die Revisionsstelle prüft, ob Jahresrechnung und gegebenenfalls Kon- zernrechnung den gesetzlichen Vorschriften, den Statuten und dem ge- wählten Regelwerk entsprechen, ob der Antrag des Verwaltungsrats an die Generalversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinns den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht, und ob ein internes Kontrollsystem existiert (Art. 728a OR). Verstösse gegen die relevanten Vorschriften müssen dem Verwaltungsrat gemeldet werden, bei wesent- lichen Verstössen auch der Generalversammlung sowie im Falle einer offensichtlichen Überschuldung dem zuständigen Gericht (Art. 728c OR).

## **C) Revisionspflicht als Bestandteil des Gesellschaftsstatuts**

Die schweizerischen Revisionspflichten gelten rechtsformübergreifend für alle Gesellschaftsformen des *schweizerischen* Privatrechts. Abgesehen von an der Börse kotierten Unternehmen, für welche das Kotierungsreglement eine allgemeine, marktabhängige Revisionspflicht vorsieht (Art. 81 KR), unterstehen ausländische Gesellschaften, die im Inland ihre Wertpapiere

<sup>648</sup> Art. 727 OR; Art. 818 OR über die GmbH verweist diesbezüglich auf die aktien- rechtlichen Vorschriften.

<sup>649</sup> Des Weiteren werden auch die Gesellschaften zu den Publikums- gesellschaften gezählt, die mindestens 20 % der Aktiven oder des Umsatzes zur Konzernrechnung einer derartigen Gesellschaft beitragen (Art. 727 Abs. 1 OR).

<sup>650</sup> Es handelt sich um alle Gesellschaften, die zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschreiten: Bilanzsumme von 10 Millionen CHF; Umsatzerlös von 20 Millionen CHF; 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt (Art. 727 Abs. 2 OR).

veräussern, ohne an der Schweizer Börse kotiert zu sein, ihrem ausländischen Recht. Ob und wie der Geschäftsbericht zu prüfen ist, richtet sich nach dem (gegebenenfalls ausländischen) Gesellschaftsstatut.<sup>651</sup>

#### D) Regelungslücke mit potentieller Schutzlücke

Die Beschränkung der Revisionspflicht auf inländische Gesellschaften führt zu einer Regelungslücke und potentiellen Lücke im Gläubigerschutz: Die Gläubiger einer nicht an der Börse kotierten ausländischen Gesellschaft können sich nicht in gleichem Masse auf die Rechnungslegung ihrer Schuldnergesellschaft verlassen, wie wenn es sich um eine inländische Gesellschaft handeln würde. Es ist nicht gewährleistet, dass auch das ausländische Recht vergleichbare Revisionsbestimmungen kennt. Die Gläubiger einer ausländischen Gesellschaft sind jedoch nicht weniger schutzbedürftig als es die Gläubiger einer inländischen Gesellschaft sind, da auch sie von der Richtigkeit der in der Rechnungslegung beziehungsweise in der Jahresrechnung gemachten Angaben ausgehen müssen und oftmals über keine Möglichkeiten verfügen, diese Angaben zu überprüfen.

In der deutschen Literatur wird teilweise die Meinung vertreten, die Abschlussprüfung bzw. Revision sei öffentliches Recht und eingriffsrechtlich zu qualifizieren.<sup>652</sup> Diese Auffassung wird jedoch, soweit ersichtlich, nicht von der Mehrzahl der deutschen Autoren geteilt.<sup>653</sup> Die eingriffsrechtliche Anwendung der inländischen Revisionsvorschriften würde zudem zu einem Auseinanderfallen der Rechnungslegung und ihrer Prüfung führen.

<sup>651</sup> BSK IPRG–VON PLANTA/EBERHARD, Art. 155 N 11; sowohl die systematische Stellung der *gesellschaftsrechtlich* geregelten Revisionspflichten im *Obligationenrecht* (Lit. C zum Abschnitt «Organisation der Aktiengesellschaft») als auch die Botschaft Revisionspflicht, BBl **2004** 3969, welche den internationalprivatrechtlichen Aspekt der eventuellen Anwendung auf ausländische Gesellschaften ausserhalb des Börsenrechts nicht anspricht, bestärken diese Auffassung.

<sup>652</sup> MüKo Bd. 11–KINDLER, IntGesR Rz. 258; s.a. LEVEDAG/EBERT, Reformalternative, 1339 f., welche gar die doppelte Unterstellung der Gesellschaften unter die Abschlussprüfungsvorschriften des Heimatlandes sowie des Sitzstaats vorschlagen.

<sup>653</sup> Vgl. GmbHG-Kommentar–BEHRENS, Allg. Einl. Rz. B 95: Die Abschlussprüfung ist dem Gesellschaftsstatut zuzuordnen, welches BEHRENS jedoch – anders als KINDLER, der ebenfalls von einer Zuordnung zum Gesellschaftsstatut spricht – gemäss der Inkorporationstheorie bestimmt (GmbHG-Kommentar–BEHRENS, Allg. Einl. Rz. B 23 ff.), und nicht gemäss der von KINDLER vertretenen Sitztheorie; s.a. ZIMMER, IntGesR, 179 ff.; STAUDINGER–GROSSFELD, IntGesR Rz. 362 ff., 366 f.; weitere Nachweise bei SPAHLINGER/WEGEN–SPAHLINGER/WEGEN, Rz. 563.

Dies ist im Sinne der Einheit des Gesellschaftsstatuts abzulehnen und für das schweizerische Recht zu verneinen, da hier ohnehin keine Lücke im Gläubigerschutz besteht.

### E) Keine Lücke im Gläubigerschutz

**a) Kleinstunternehmen ohne Revision** Bei kleinen Unternehmen<sup>654</sup> kann die Revisionspflicht auf einstimmigen Beschluss der *Aktionäre* – und nicht der Gläubiger – aufgehoben werden (Art. 727a Abs. 2 OR). Der Schutz, welcher den Gläubigern von schweizerischen Gesellschaften gewährt wird, ist somit nicht absolut, sondern beschränkt.

Dieses inländische, beschränkte Schutzniveau ist gerade in eingriffsrechtlicher Hinsicht relevant, da auch von ausländischen Gesellschaften nicht mehr verlangt werden kann, als den inländischen Gesellschaftsformen vorgeschrieben wird. Die Frage, ob in einem Sachverhalt eine Schutzlücke besteht, muss immer am inländischen Massstab gemessen werden. Kennt ein ausländisches Recht keine Revisionspflicht bei Kleinstunternehmen, liegt keine Lücke im Gläubigerschutz vor, denn auch die Gläubiger vergleichbarer inländischer Gesellschaften können nicht unbedingt von einer Revision der Geschäftsergebnisse profitieren.

**b) Gläubigerschutz durch andere Schutzmittel** Anders sieht die Situation bei grösseren ausländischen Unternehmen aus, die nicht an einer Börse kotiert sind:<sup>655</sup> Sie unterliegen gegebenenfalls keiner Revisionspflicht, während dies für vergleichbare schweizerische Gesellschaften der Fall ist (Art. 727 und 727a Abs. 1 OR). Auch diese Regelungslücke führt jedoch nur zu einer potentiellen Schutzlücke, die in der Realität dadurch geschlossen wird, dass den Gläubigern eine Vielzahl anderer Instrumente zur Verfügung stehen, die ihnen Schutz gewähren.

Gläubiger ausländischer Gesellschaften haben die Möglichkeit, sich anhand der Geschäftsfirma oder gegebenenfalls des Handelsregistereintrags ihres Schuldners über die anwendbaren Rechnungslegungs- und

<sup>654</sup> Kleinstunternehmen i.S.v. Art. 727a OR sind Unternehmen, deren Arbeitnehmerzahl unter 10 liegt; vgl. Botschaft Revisionspflicht, BBl **2004** 3969, S. 3992.

<sup>655</sup> Im Falle einer Börsenkotierung sieht das Kotierungsreglement eine Revisionspflicht vor.

Revisionsbestimmungen zu informieren,<sup>656</sup> und können so ihre Risiken abschätzen und in ihre Entscheidungen einfließen lassen. Es besteht die Möglichkeit, sich durch Personal- und Realsicherheiten, durch die Überprüfung des Zahlungsverhaltens oder durch An- und Vorauszahlungen finanziell abzusichern. Zwar kann keiner dieser Schutzmechanismen eine absolute Sicherheit gewährleisten, doch ist dies auch bei der Revision nicht der Fall: Bei der Revision wird nicht die objektiv richtige Bewertung der Aktiven gewährleistet, sondern nur die Einhaltung der gesetzlichen und statutarischen Bewertungsgrundsätze überprüft.<sup>657</sup>

Ein Gläubiger wählt sich seine Schuldner selbst aus. Gerade in dieser Hinsicht kann er nicht verlangen, dass ihm bei ausländischen Gesellschaften, mit denen er in Kontakt getreten ist, dieselben Schutzstandards zugute kommen, wie dies bei inländischen Gesellschaften der Fall ist.

Treten Situationen auf, wo ein Gläubiger seinen Schuldner nicht selbst aussuchen konnte – etwa im Deliktsrecht – kann zwar dem Gläubiger keine Wahl entgegengehalten werden. In diesem Fall spielt jedoch auch die Frage der Revision keine Rolle mehr: Es ist dem Deliktsrecht eigen, dass man sich seinen Schuldner nicht aussuchen kann, sondern mit dem Haftungssubstrat vorlieb nehmen muss, welches eben vorliegt. Ausserdem ist die Revision keine Garantie für eine gute Unternehmensführung<sup>658</sup> und garantiert zudem kein Haftungskapital, auf welches es beim Deliktsrecht jedoch einzig und allein ankommt. Revisionsvorschriften schützen vielmehr das berechtigte Vertrauen in die präsentierten Zahlen. Das aber ist ein Schutzzweck, der im Deliktsrecht völlig irrelevant ist. Vor allem aber lässt sich den Materialien entnehmen, dass der Schutzzweck der Revisionspflicht nicht der generelle Gläubigerschutz, sondern insbesondere der Gläubigerschutz auf dem *schweizerischen* Kapitalmarkt oder bei

<sup>656</sup> So explizit Botschaft Revisionspflicht, BBl **2004** 3969, S. 3990: «Wer mit einer Gesellschaft, die nur über ein kleines Eigenkapital verfügt, in vertragliche Beziehungen tritt, weiss über das beschränkte Haftungssubstrat Bescheid (auf Grund der Eintragung im Handelsregister besteht die erforderliche Transparenz). Während die Revisionsstelle genau besehen nur sehr beschränkt eine Absicherung bringt, stehen in der Praxis andere Vorkehren zur Verfügung, die den Gläubigern ebenso guten oder sogar besseren Schutz gewähren. Dazu gehören eine eigene Beurteilung des Zahlungsverhaltens der Gesellschaft sowie Auskünfte durch Dritte über die Bonität oder die Erbringung von Sicherheiten.»

<sup>657</sup> Botschaft Revisionspflicht, BBl **2004** 3969, S. 3996.

<sup>658</sup> Botschaft Revisionspflicht, BBl **2004** 3969, S. 3996 f.

*schweizerischen* Gesellschaften ist, im Hinblick darauf, diese *schweizerischen* Gesellschaften zu stärken.<sup>659</sup> Diese Stärkung des Ansehens der *schweizerischen* Gesellschaften kann *per definitionem* bei ausländischen Gesellschaften nicht greifen.

Die Anknüpfung der Revisionspflicht an das Personalstatut der Gesellschaften<sup>660</sup> ist auch aus kollisionsrechtlichen Überlegungen naheliegend. Wenn bereits das Gesellschaftskapital und die Rechnungslegung über das ausländische Gesellschaftsstatut bestimmt werden, dann muss dies umso mehr auch für die Revision gelten, welche das Gesellschaftskapital und die Rechnungslegung überprüft. Zusammenhängende Sachverhalte sollen nicht auseinandergerissen werden.

Die potentielle Regelungslücke im Revisionsrecht führt im Ergebnis zu keiner Lücke im Gläubigerschutz, da den Gläubigern andere informationelle und vertragliche Schutzmöglichkeiten offenstehen. Eine Anwendung der Revisionsvorschriften als Eingriffsrecht kann somit verneint werden.

### 5. Offenlegungspflicht und Einsichtsrecht

Informationen müssen nicht nur gesammelt, sondern auch publiziert werden, damit sie ihren Schutzzweck erfüllen können. In diesem Sinne sieht das schweizerische Recht Offenlegungspflichten vor, welche festlegen, wann und in welchem Umfang und für welche Adressaten die im Rahmen der Buchführung und der Rechnungslegung gesammelten Geschäftsinformationen zu *veröffentlichen* sind. Offenlegungspflichten verfolgen verschiedene Schutzzwecke. Die Offenlegung soll sowohl den Gesellschaftern und Anlegern als auch den Gläubigern einer Gesellschaft einen Einblick in die wirtschaftliche Situation letzterer geben, um so die Wahrung ihrer Rechte sicherzustellen.<sup>661</sup> Gerade in Anbetracht der Unzulänglichkeit der Kapitalschutznormen als Mittel des Gläubigerschutzes ist die Veröffentlichung gewisser Informationen über die Gesellschaften erforderlich, um eine ausreichende Information der Gläubiger sicherzustellen und ihnen so die Abschätzung der einzugehenden Risiken zu ermöglichen.

<sup>659</sup> Botschaft Revisionspflicht, BBl **2004** 3969, S. 3978.

<sup>660</sup> Davon ausgenommen ist lediglich das Kapitalmarktrecht: vgl. Art. 81 KR.

<sup>661</sup> Siehe Art. 958e E-OR (2007) sowie die dazugehörige Botschaft Rechnungslegungsrecht, BBl **2008** 1589, S. 1703.

### **A) Gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Vorschriften**

Der schweizerische Gesetzgeber regelt die Frage der Offenlegung der Rechnungslegung im *Gesellschaftsrecht*. Damit Gläubiger Einsicht in die Jahresrechnung, die Konzernrechnung oder die Revisionsberichte nehmen können, müssen sie ein schutzwürdiges Interesse nachweisen (Art. 697h Abs. 2 OR).<sup>662</sup> Eine generelle Offenlegungspflicht besteht nur für die Gesellschaften, die den öffentlichen Kapitalmarkt in Anspruch nehmen (Art. 697h Abs. 1 OR). Die Offenlegungspflicht verfolgt hier sowohl das Ziel des Drittschutzes als auch des Anlegerschutzes, indem den Anlegern ein Vergleich der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaften und den Gläubigern ein Einblick in die wirtschaftliche Situation der gesamtwirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften ermöglicht wird.

Das Kotierungsreglement der SIX Swiss Exchange sieht *kapitalmarkt-abhängige, rechtsformübergreifende* Veröffentlichungspflichten vor. Diese kapitalmarktrechtlichen Offenlegungspflichten dienen aber primär dem Schutz der Anleger,<sup>663</sup> so dass vorliegend im Abschnitt über den Gläubigerschutz nicht weiter darauf eingegangen wird.<sup>664</sup>

### **B) Regelungslücke ohne Schutzlücke**

Bei Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften besteht in der Schweiz insofern ein Einsichtsrecht in die Buchführung, als dass Art. 963 OR die Editionsspflicht der Geschäftsbücher an die Buchführungspflicht anknüpft und somit auch für Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften gilt. Kann ein Gläubiger ein schutzwürdiges Interesse nachweisen, so kann bei Streitigkeiten, die das Geschäft betreffen, die Vorlage der Geschäftsbücher, Buchungsbelege und Geschäftskorrespondenz durch den Richter erzwungen werden.

Bei ausländischen Gesellschaften hingegen, die nicht an der Börse kotiert sind, besteht in der Schweiz nur dann eine Offenlegungspflicht bzw. ein Einsichtsrecht in die Geschäftsbücher, wenn dies das ausländische Gesellschaftsstatut so vorsieht.

<sup>662</sup> Die Schutzwürdigkeit eines Gläubigerinteresses wird in der Literatur dann bejaht, wenn die Einbringlichkeit einer Forderung als gefährdet erscheint (BSK OR II–WEBER, Art. 697h N 7).

<sup>663</sup> KR-Kommentar–HUBER/HODEL/GIEROW, Art. 1 N 2.

<sup>664</sup> Siehe III. auf S. 165 für eine umfassendere Darstellung.

Die inländischen Offenlegungspflichten und Einsichtsrechte zugunsten der Gläubiger sind jedoch sehr limitiert.<sup>665</sup> In Anbetracht der Tatsache, dass das Schutzniveau einer ausländischen Rechtsordnung mit dem Massstab zu messen ist, den das inländische Recht selbst vorsieht, führt dies zum Schluss, dass Gläubiger von ausländischen Gesellschaften keiner Schutzlücke ausgesetzt sind, da ihnen auch kein entsprechender Schutz gegenüber inländischen Gesellschaften gewährt würde. Das schweizerische Internationale Gesellschaftsrecht scheint von der Überlegung auszugehen, dass sich ein Gläubiger mit der Wahl einer Schuldnergesellschaft aufgrund der Inkorporationstheorie auch für dessen Recht und dessen Schutzstandards entscheidet. Es besteht somit keine Schutzlücke im Gläubigerschutz, welche durch die etwaige Ausgestaltung der inländischen Offenlegungsvorschriften als Eingriffsrecht geschlossen werden müsste.

### **6. Sofortmassnahmen bei Überschuldung**

#### **A) Überschuldungsanzeige als Mittel des Gläubigerschutzes**

Die Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft wirtschaften mit Geld, welches ihnen i.d.R. nicht gehört. Dies setzt voraus, dass zwischen den Kapitalgebern (Anleger, Gesellschafter, Gläubiger) und der Kapitalnehmerin (Gesellschaft bzw. Geschäftsführer) ein Vertrauensverhältnis besteht. Das Gesetz sieht diesbezüglich zulasten der Geschäftsführer gewisse Verhaltensregeln vor, um die finanziellen Mittel der Gesellschaften und gleichzeitig auch das Vertrauen der Kapitalgeber zu erhalten, insbesondere im Falle einer drohenden Überschuldung der Gesellschaft. Informationspflichten verhindern hier, dass Sanierungsmassnahmen zu spät eingeleitet werden.

Die rechtzeitige Einleitung von Sanierungsmassnahmen bzw. eines Konkursverfahrens erlaubt einen doppelten Gläubigerschutz: Sie ermöglicht es, den Altgläubigern diejenige Vermögensmasse zu erhalten, welche die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Insolvenzreife noch besitzt, und zugleich Neugläubiger vor dem Kontakt mit der insolventen Kapitalgesellschaft zu schützen.<sup>666</sup>

<sup>665</sup> Siehe A) auf der vorherigen Seite.

<sup>666</sup> ALTMEPPEN, 100; EIDENMÜLLER–EIDENMÜLLER, § 9 Rz. 26.

## **B) Sofortmassnahmen bei Überschuldung im schweizerischen Recht**

**a) Zivilrechtliche Vorschriften** Art. 725 OR verpflichtet den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft zu Sofortmassnahmen bei Kapitalverlust und Überschuldung. Diese gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsvorschriften finden sich im Aktienrecht, gelten aber auch für die Leitungsorgane der anderen schweizerischen Gesellschaftsformen.<sup>667</sup>

Ein Kapitalverlust liegt vor, wenn der bilanzierte Verlustsaldo die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven übersteigt.<sup>668</sup> Er verpflichtet den Verwaltungsrat zur Einberufung einer (Sanierungs-)Generalversammlung. Liegt die begründete Besorgnis einer Überschuldung der Gesellschaft vor, d.h. sind die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten durch die Aktiven gedeckt, so ist zum Schutz der Gläubiger eine Zwischenbilanz zu erstellen. Nach einer Kontrolle durch den Revisor ist der Verwaltungsrat zu einer Benachrichtigung des Richters verpflichtet, wenn die Überschuldung tatsächlich eingetreten ist und kein Gläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung bereit ist, die möglicherweise anfallenden Verluste zu tragen (Art. 725 Abs. 2 OR).<sup>669</sup> Unterlässt der Verwaltungsrat die Anzeige, wird das Gericht direkt durch die Revisionsstelle benachrichtigt (Art. 729c OR). Der Richter eröffnet auf die Überschuldungsbearbeitung hin den Konkurs oder schiebt ihn auf und trifft Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens, wenn Aussichten auf die Sanierung der Gesellschaft bestehen (Art. 725a Abs. 1 OR). Dieser Konkursaufschub bleibt prinzipiell geheim und muss nur veröffentlicht werden, wenn dies zum Schutze Dritter erforderlich ist (Art. 725a Abs. 3 OR).

Verschleppen die Mitglieder des Verwaltungsrats die Insolvenz, indem sie ihren Informationspflichten gegenüber dem Richter nicht nachkommen, sind sie sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch diese absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursacht haben (Art. 754 OR).<sup>670</sup> Im Konkurs der geschädigten

<sup>667</sup> Siehe Art. 725, 764 Abs. 2, 820 Abs. 1 und 903 OR; s.a. Botschaft Rechnungslegungsrecht, BBl **2008** 1589, S. 1727 sowie FORSTMOSER, 55.

<sup>668</sup> BSK OR II–WÜSTINER, Art. 725 N 18.

<sup>669</sup> Botschaft Rechnungslegungsrecht, BBl **2008** 1589, S. 1691.

<sup>670</sup> Siehe rechtsvergleichend TRUNK, 541: In Deutschland wird die Insolvenzverschleppungshaftung über die Vorschriften des allgemeinen Deliktsrechts abgewickelt



Gesellschaft sind auch die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, Ersatz des Schadens an die Gesellschaft zu verlangen (Art. 757 Abs. 1 OR).

**b) Misswirtschaft als strafrechtlicher Tatbestand** Die Unterlassung der Überschuldungsanzeige durch den Verwaltungsrat kann auch strafrechtlich verfolgt werden.<sup>671</sup> Führt die Verletzung einer zivilrechtlichen Sorgfaltspflicht zu einer Vermögensminderung zum Schaden der Gläubiger, so kann dies nach Konkurseröffnung als Misswirtschaft beurteilt und mit bis zu fünf Jahren Gefängnis oder einer Geldstrafe bestraft werden.<sup>672</sup> Dem Schuldner wird in diesem Fall konkret vorgeworfen, seinen Beruf unter Nichtbeachtung zivilrechtlicher Sorgfalts- und Informationspflichten mit arger Nachlässigkeit ausgeübt zu haben.<sup>673</sup> Die Nichtbefolgung der Meldepflicht bei Überschuldung (Art. 725 Abs. 2 OR) verletzt die Sorgfaltspflicht nach Art. 717 OR und stellt Misswirtschaft dar.<sup>674</sup>

### C) Qualifizierung überschuldungsabhängiger Sorgfaltspflichten

In Deutschland ist die Haftung bei Verschleppung der Insolvenz gemäss einem Teil der Lehre insolvenzrechtlich einzuordnen,<sup>675</sup> da sie eine Kompensation für etwaige Masseschmälerungen zulasten der Gläubiger darstelle. Andere Autoren sprechen sich hingegen für eine gesellschaftsrechtliche Anknüpfung aus, mit der Begründung, die Geschäftsführerhaftung für Insolvenzverschleppung gehe auf die Verletzung gesellschaftsrechtlicher Verhaltenspflichten zurück.<sup>676</sup> Dies wiederum führe zur Notwendigkeit einer international-gesellschaftsrechtlichen Sonderanknüpfung bzw. Anwendung der Insolvenzverschleppungshaftung als Eingriffsrecht. Anknüpfungsgegenstand sei der Entstehungsort der Ansprüche der jeweiligen Gläubiger, was die Geschäftsführer im Ergebnis kumulativ mit den unterschiedlichen Haftungsrisiken aller Rechtsordnungen konfrontiert.

(§ 823 Abs. 2 BGB), da die überschuldungsbedingte Informationspflicht als Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger angesehen wird.

<sup>671</sup> Vgl. HUNKELER, *passim*.

<sup>672</sup> Art. 165 StGB; BGE 115 IV 38 E. 3.b S. 42; 104 IV 160 E. 4.b.

<sup>673</sup> BSK StGB II-BRUNNER, Art. 165 N 40, m.w.H.

<sup>674</sup> HERREN, 111.

<sup>675</sup> UNGAN, 368; WINKLER, 2617 f.; Kammergericht (OLG) Berlin, Urt. v. 24. 9. 2009 (8 U 250/08), zit. in MÜLLER, 71 ff.; s.a. RINGE/WILLEMER, *passim*.

<sup>676</sup> ALTMEPPEN, *passim*; ULMER, *passim*.

Anders als bei der deutschen Insolvenzantragspflicht<sup>677</sup> steht bei der schweizerischen Überschuldungsanzeigepflicht nicht die rechtzeitige Einleitung des Insolvenzverfahrens im Mittelpunkt, sondern die Verhinderung einer Pflichtverletzung der Geschäftsführer. Ziel ist die Warnung der Gesellschafter und Aktionäre, um die Einleitung von Sanierungsmassnahmen zu ermöglichen. Hierbei handelt es sich um eine *gesellschaftsrechtliche* Materie, weshalb die Anzeigepflicht bei Überschuldung gesellschaftsrechtlich und nicht insolvenzrechtlich zu qualifizieren ist. Das Gesellschaftsstatut ist ohnehin möglichst weit aufzufassen.<sup>678</sup> Die Sofortmassnahmen bei Überschuldung sind zudem systematisch im Gesellschaftsrecht geregelt,<sup>679</sup> was ebenfalls für eine gesellschaftsrechtliche Einordnung spricht.

Die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsführung befassten Personen sind sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch gegenüber den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Art. 754 OR). Als Haftungstatbestand könnte diese Vorschrift somit auch dem Deliktsrecht zugerechnet werden,<sup>680</sup> was prinzipiell ihre Anwendung unabhängig von einem ausländischen Gesellschaftsstatut ermöglichen würde. Die internationalprivatrechtlichen Vorschriften über unerlaubte Handlungen sehen jedoch eine akzessorische Anknüpfung an «ein zwischen Schädiger und Geschädigtem bestehendes Rechtsverhältnis» (Art. 133 Abs. 3 IPRG) vor. Dieses zwischen dem Schädiger, d.h. dem Geschäftsführer oder Leitungsorgan, und dem Geschädigten, d.h. der Gesellschaft, vorbestehende Rechtsverhältnis ist das Gesellschaftsrecht. Im Ergebnis würde trotz einer allfälligen deliktsrechtlichen Einordnung das über die Inkorporationstheorie bestimmte Gesellschaftsstatut zur Anwendung gelangen. Da die Haftung i.S.d. Art. 754 OR ohnehin von konkreten Verhaltens- und Sorgfaltspflichten ausgeht, die dem Gesellschaftsrecht zu entnehmen sind, ist auch diese Haftungsvorschrift gesellschaftsrechtlich einzuordnen.

<sup>677</sup> § 64 Abs. 1 GmbHG; § 92 Abs. 2 i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB.

<sup>678</sup> Botschaft IPRG, BBl **1983** I 263, S. 442; BGE 117 II 494 E. 7 S. 501 f. und 128 III 346 E. 3.1.3 S. 349.

<sup>679</sup> Art. 725 OR befindet sich im «Dritten Abschnitt» des Aktienrechts betreffend die «Organisation der Aktiengesellschaft».

<sup>680</sup> TRUNK, 543.

Ausländische Gesellschaften in der Schweiz sind im Falle einer Überschuldung somit nicht den schweizerischen Informationspflichten unterworfen, da diese direkt oder indirekt dem Gesellschaftsstatut zu entnehmen sind.

### **D) Qualifikationsbedingte Lücke im Gläubigerschutz**

Die Relevanz des Gesellschaftsstatuts als Massstab für überschuldungsbedingte Informationspflichten führt zu potentiellen Lücken im Gläubigerschutz. Es ist nicht auszuschliessen, dass das ausländische Gesellschaftsstatut keine dem schweizerischen Recht vergleichbaren Informationspflichten im Überschuldungsfall zulasten der Geschäftsführung vorsieht.

Instrumente des Gläubigerschutzes befinden sich auf der Schnittstelle zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht und werden im Ausland mitunter im Insolvenzrecht angesiedelt sein, so dass in diesem Fall ein Verweis auf das ausländische Gesellschaftsrecht leerlaufen würde, weil das ausländische Insolvenzrecht aufgrund des Territorialitätsprinzips in der Schweiz in der Regel nicht zur Anwendung gelangen wird.<sup>681</sup>

Grundsätzlich müssen die Gläubiger einer ausländischen Gesellschaft akzeptieren, dass diese nach ausländischen Prinzipien und Vorschriften organisiert ist. Dies kann jedoch nicht bis hin zu einer völligen Aufgabe des vermögensrechtlichen Gläubigerschutzes führen: Gerade bei «ausländischen» Gesellschaften, bei denen sich der internationale Aspekt des gesellschaftsrechtlichen Sachverhalts auf die ausländische Inkorporation beschränkt und sich der Verwaltungssitz sowie auch die Hauptniederlassung in der Schweiz befinden, besteht im Inland ein Interesse an der Anwendung der erwähnten überschuldungsabhängigen Gläubigerschutzvorschriften.<sup>682</sup>

### **E) Informationsmodell als ausreichender Schutz**

Aufgrund des Informationsmodells mit den firmenrechtlichen Vorschriften sind die inländischen Gläubiger jedoch ohnehin bereits ausreichend darüber informiert, dass sie mit einer ausländischen Gesellschaft in Kontakt

<sup>681</sup> Vgl. für Deutschland RIEGGER, 526 f., der als Ausweg die Umqualifizierung der ausländischen insolvenzrechtlichen Vorschriften in zivilrechtliche Sorgfaltsvorschriften vorschlägt.

<sup>682</sup> ALTMEPPEN, 101.

treten, die nach ausländischen Prinzipien organisiert ist. Ein misswirtschaftliches Verhalten könnte zudem strafrechtlich relevant sein und auch bei ausländischen Gesellschaften zu Sanktionen führen.

Die Sorgfaltspflichten, deren Verletzung mit Art. 165 StGB sanktioniert wird (z.B. Art. 717 ff. OR), können in der Tat aufgrund ihrer weiten Definition auch für andere Gesellschaftsformen gelten,<sup>683</sup> gemäss der hier vertretenen Auffassung auch für ausländische Gesellschaften, die von der Schweiz aus verwaltet werden.<sup>684</sup> Jeder Geschäftsführer muss die Interessen seiner Gesellschaft in guten Treuen wahren.<sup>685</sup> Wird beispielsweise eine konkursite Gesellschaft mit statutarischem Sitz im Ausland tatsächlich von der Schweiz aus verwaltet, ist die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte für eine strafrechtliche Verfolgung gegeben.<sup>686</sup>

Die Misswirtschaft i.S.v. Art. 165 StGB setzt als objektive Strafbarkeitsbedingung eine Konkurseröffnung voraus, was sich primär auf das schweizerische Konkursrecht bezieht. Die objektive Strafbarkeitsvoraussetzung der Konkurseröffnung sollte aber auch dann als erfüllt betrachtet werden, wenn ein ausländischer Konkurs gem. Art. 160 IPRG in der Schweiz anerkannt wird. Die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets zieht für das in der Schweiz gelegene Vermögen in der Tat die konkursrechtlichen Folgen des schweizerischen Rechts nach sich (Art. 170 IPRG) und ist diesem deshalb gleichzusetzen. Ziel des Gesetzgebers war ein möglichst weiter Anwendungsbereich der Konkursdelikte: «Gerade gefährliche Wirtschaftskriminelle finden immer wieder legale und andere Wege, um ihre Geschäfte zu tätigen, ohne im Handelsregister eingetragen zu sein.»<sup>687</sup> Art. 165 StGB sollte deshalb gem. der hier vertretenen Auffassung auch für ausländische Gesellschaften gelten können, die nicht im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind und nicht direkt der Konkurseröffnung gem. SchKG unterstehen, sofern die Misswirtschaft in der Schweiz begangen wird, was bei tatsächlichem Verwaltungssitz in der Schweiz zu bejahen ist.<sup>688</sup> Wird beispielsweise eine ausländische Gesellschaft in der Schweiz verwaltet und erfolgen die misswirtschaftli-

<sup>683</sup> BSK StGB II–BRUNNER, Art. 165 N 3.

<sup>684</sup> Vgl. BSK StGB II–BRUNNER, Art. 165 N 20 f., der auf die «allgemeine Form» des Tatbestandes hinweist und den Grundtatbestand als «Generalklausel» beschreibt.

<sup>685</sup> BSK StGB II–BRUNNER, Art. 165 N 3.

<sup>686</sup> HERREN, 152.

<sup>687</sup> Botschaft StGB, BBl 1991 II 969, S. 1062.

<sup>688</sup> HERREN, 152.

chen Handlungen ebenfalls in der Schweiz, so kann dies schweizerische Zuständigkeit begründen.<sup>689</sup>

Im Ergebnis besteht in Bezug auf den Schutz vor Überschuldung somit keine Lücke im Gläubigerschutz, die über die Anwendung der Sofortmassnahmen bei Überschuldung als international zwingende Bestimmungen i.S.d. Art. 18 IPRG geschlossen werden müsste.

### **III. Gläubigerschutz durch Haftung**

#### **1. Deliktshaftung von Gesellschaft, Organen und Gesellschaftern**

Anders als vertragliche Gläubiger suchen sich Gläubiger einer Deliktsforderung ihre «Ansprechpartner», die Schädiger, nicht aus. Aufgrund der Inkorporationstheorie besteht somit die Gefahr, dass Gläubiger Gesellschaften gegenüberstehen, die nach einem ausländischen Recht mit unvorteilhaften Haftungsregeln organisiert sind. Dies wirft die Frage nach einem Schutzbedürfnis der Gläubiger im Hinblick auf die Haftungsverfassung ausländischer Gesellschaften auf.

Personen, die einer ausländischen Gesellschaft als Deliktsgläubiger gegenüberstehen, etwa weil sie durch den irreführenden Verkauf von Anteilen geschädigt werden und Haftungsansprüche gegenüber der Gesellschaft geltend machen, bedürfen grundsätzlich keines besonderen Schutzes: Im Deliktsrecht gibt es keine Absicherung davor, von einer völlig mittellosen Person geschädigt zu werden. Dies ist im Gesellschaftsrecht und in internationalen Verhältnissen nicht anders. Dennoch sieht das IPRG verschiedene Vorschriften vor, welche die Haftung und Verantwortung der Gesellschaftsvertreter im internationalen Verhältnis regeln.

#### **A) Haftung zwischen Deliktsrecht und Gesellschaftsrecht**

Der Umfang des Gesellschaftsstatuts ist vom Gesetz her weit gefasst. Das Haftungsregime einer Gesellschaft und die Haftung ihrer Organe unterstehen somit prinzipiell dem Gesellschaftsstatut (Art. 155 lit. g und h IPRG), das sich gem. Inkorporationstheorie bestimmt. Das Gesellschaftsstatut

<sup>689</sup> HERREN, 152; vgl. für Deutschland BITTMANN, 954: Für jedermann geltende Strafnormen gelten unabhängig von der Rechtsform in- oder ausländischer Rechtsordnung.

regelt Grundsatz und Umfang der Haftung, der eventuellen Solidarität, den Kreis der Haftpflichtigen sowie den Grad des zur Verantwortlichkeit notwendigen Verschuldens.<sup>690</sup>

Haftungsbestimmungen werden je nach Anspruchsgrundlage verschiedenen angeknüpft. Die Haftung wird dem Gesellschaftsstatut unterstellt, wenn sie aus der Verletzung einer Pflicht abgeleitet wird, welche die Organe in ihrer Funktion als solche trifft.<sup>691</sup> Sanktioniert die Haftung hingegen eine Verletzung *allgemeiner deliktsrechtlicher* Normen, sind schweizerische und ausländische Gesellschaften, Organe bzw. Gesellschafter in ihrer Haftbarkeit gleich zu behandeln<sup>692</sup> und die entsprechenden Haftungsvorschriften *deliktsrechtlich* einzuordnen.

Der Anspruch aus Delikt untersteht dem Deliktsstatut. Dieses wird aber bei Fehlen einer Rechtswahl (Art. 132 IPRG) akzessorisch an ein gegebenenfalls vorbestehendes Rechtsverhältnis angeknüpft (Art. 133 IPRG), wozu auch gesellschaftsrechtliche Verhältnisse zu zählen sind,<sup>693</sup> so dass selbst bei deliktsrechtlicher Qualifikation einer Haftungsfrage oftmals das gem. Inkorporationstheorie bestimmte Recht zur Anwendung gelangen wird. Nur ausnahmsweise kommt das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts- bzw. Gesellschaftsniederlassungsortes<sup>694</sup> zum Tragen, und nur subsidiär die *lex loci delicti* (Art. 133 IPRG), sodass die deliktsrechtliche Qualifikation nur bedingt zum Schutz der Gläubiger beiträgt.

## **B) Deliktsrechtliche Umqualifizierung und Sonderanknüpfung als ausreichende Schutzmittel**

Die akzessorische Anknüpfung des auf eine unerlaubte Handlung anwendbaren Rechts an ein bestehendes Rechtsverhältnis rechtfertigt sich jedoch nur bei einem inneren, sachlichen Zusammenhang zwischen Rechtsverhältnis und Delikt,<sup>695</sup> denn Art. 133 Abs. 3 IPRG übernimmt hier die Funktion der Ausnahmeklausel von Art. 15 IPRG. Bei juristischen Personen ergibt sich dieser sachliche Zusammenhang aber aus der *einseitigen*

<sup>690</sup> BSK IPRG–VON PLANTA/EBERHARD, Art. 155 N 16.

<sup>691</sup> EIDENMÜLLER, 483.

<sup>692</sup> BSK IPRG–VON PLANTA/EBERHARD, Art. 155 N 17.

<sup>693</sup> BSK IPRG–UMBRICHT/ZELLER, Art. 133 N 3.

<sup>694</sup> BSK IPRG–UMBRICHT/ZELLER, Art. 133 N 9.

<sup>695</sup> BSK IPRG–UMBRICHT/ZELLER, Art. 133 N 4.

und *vor* Eintritt des schädigenden Ereignisses getroffenen Rechtswahl, so dass es fraglich ist, ob sich hier eine akzessorische Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut überhaupt rechtfertigen lässt, was m.E. zu verneinen ist. Eine deliktsrechtliche Qualifikation der Haftung juristischer Personen könnte in diesem Fall, bei enger Auslegung des akzessorischen Anknüpfungselements, ein anderes Recht als das von den Gesellschaftsgründern einseitig bestimmte Gesellschaftsstatut zur Anwendung bringen und so dem Gläubigerschutz dienen.

Dem weiten Umfang des Gesellschaftsstatuts sind zudem mit der Sonderanknüpfung des Art. 159 IPRG Grenzen gesetzt. Werden die Geschäfte einer Gesellschaft, die nach ausländischem Recht gegründet worden ist, in der Schweiz oder von der Schweiz aus geführt, so untersteht die Haftung der für sie handelnden Personen schweizerischem Recht.

Im Ergebnis erlauben es die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte haftungsrechtlicher Fragen, die Relevanz des Gesellschaftsstatuts für Haftungsfragen im Bedarfsfall einzuschränken. Zudem stehen den Gläubigern auch noch die allgemeinen Ansprüche aus Delikt gegenüber denjenigen natürlichen Personen offen, welche die Schädigung veranlasst haben. Der Schutzzweck der inländischen Haftungsvorschriften wird somit bereits über die Regel- und Sonderverweise des IPRG sichergestellt, so dass sich die Anwendung der inländischen Haftungsbestimmungen über Art. 18 IPRG nicht als notwendig erweist.

## 2. Rechtsscheinhaftung

Durch die Präsenz einer ausländischen Gesellschaft in der Schweiz kann der Anschein entstehen, dass es sich um eine inländische Gesellschaft handle. Grundsätzlich ist es Sache der Vertragspartner, sich über die Gegenparteien zu informieren. Wenn jedoch der Schein erweckt wurde, dass es sich bei der Gegenpartei um eine inländische Gesellschaft handle, und Drittpersonen, welche sich mit dieser in Verbindung setzen, auch entsprechend darauf vertrauen durften und gegebenenfalls auch nur deswegen mit dieser Gesellschaft in Verbindung traten, dann besteht für diese Parteien ein Schutzbedürfnis. Art. 159 IPRG verweist deshalb für solche Fälle auf das schweizerische Recht, welches zur Anwendung kommt, wenn der Anschein entsteht, dass es sich bei der ausländischen Gesellschaft

um eine schweizerische Gesellschaft handle.<sup>696</sup> Auch in der deutschen Literatur und Rechtsprechung wird die Frage der Rechtsscheinhaftung internationalprivatrechtlich selbstständig angeknüpft und richtet sich nach dem Recht des Orts, an dem der Schein entstanden ist und sich ausgewirkt hat.<sup>697</sup>

Die Sonderanknüpfung des Art. 159 IPRG gewährleistet hier den Schutz der inländischen Gläubiger; es besteht keine Schutzlücke, so dass sich auch die Frage nach Eingriffsrecht nicht stellt.

### 3. Durchgriffshaftung

Kapitalgesellschaften verfügen über eine eigenständige Rechtspersönlichkeit.<sup>698</sup> Juristische Personen haften deshalb prinzipiell ausschliesslich für ihre eigenen Verpflichtungen. Aufgrund der Trennung von ihren Gesellschaftern bzw. Geschäftsführern können sie für deren persönliche Verpflichtungen nicht belangt werden. Aus Gründen des Gläubigerschutzes können jedoch Ausnahmen nötig werden, insbesondere dann, wenn sich die Gesellschafter aus dem Vermögen der juristischen Person bedienen und es so zu einer Vermögensvermischung kommt. Hier stellt sich die Frage der Durchgriffshaftung.

Die Durchgriffshaftung betrifft die Haftung der Gesellschafter gegenüber Dritten für Verpflichtungen der Gesellschaft, d.h. die Frage, ob ein Gläubiger der Gesellschaft die Gesellschafter wegen einer ihm gegenüber bestehenden Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch nehmen kann. Da es um Verpflichtungen der *Gesellschaft* geht, kommt prinzipiell das Gesellschaftsstatut zur Anwendung: Ihm soll ein möglichst weiter Anwendungsbereich zuteil werden.<sup>699</sup> Das Gesellschaftsstatut bestimmt somit, ob durch das Rechtskleid der juristischen Person auf die Organmitglieder und Gesellschafter hindurchgegriffen werden kann.

Die Durchgriffshaftung wurde in der Schweiz zunächst als Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots gesehen und eine Anwendung über Art. 18 IPRG nicht ausgeschlossen.<sup>700</sup> Das Bundesgericht entschied

<sup>696</sup> VISCHER, IntGesR, 34.

<sup>697</sup> BGH, Urt. v. 05.02.2007 (II ZR 84/05), zit. in: RIW 2007, 554; s.a. BOLLACHER, 203; KINDLER, Niederlassungsfreiheit, 1785.

<sup>698</sup> Siehe z.B. Art. 52 ZGB i.V.m. Art. 643 OR.

<sup>699</sup> Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 442; ZIMMER, IntGesR, 349 ff.

<sup>700</sup> BGer, Urt. v. 23.04.1992 (5C.255/1990), E. 2.a.



sich aber später klar für die Anwendung des Gesellschaftsstatuts.<sup>701</sup> Einerseits sei der Durchgriff dogmatisch nicht zwingend ein Ausfluss des Rechtsmissbrauchsverbots, sondern eine gesellschaftsrechtliche Frage des Verhältnisses der Gesellschaft zum beherrschenden Mitglied. Andererseits könne eine zwingende Anwendung des schweizerischen Rechts als positiver Ordre public unpraktikabel sein, wenn das (ausländische) Gesellschaftsstatut ein differenziertes Durchgriffssystem kenne.

In Anbetracht der Tatsache, dass vorliegend ein unpassendes Ergebnis eines ausländischen Rechts mit dem inländischen (negativen) Ordre public temperiert werden könnte, da ein Ausschluss der Durchgriffshaftung nicht mit der schweizerischen Rechtsauffassung vereinbar wäre,<sup>702</sup> erübrigt sich die Anwendung der inländischen Durchgriffshaftung als Eingriffsrecht auf eine ausländische Gesellschaft.

#### **IV. Fazit: Keine Eingriffsnormen zum Schutz der Gläubiger**

Die Inkorporationstheorie führt zu Regelungslücken und potentiellen Lücken im Gläubigerschutz. Gemäss der hier vertretenen Auffassung ist es nicht ausgeschlossen, dass derartige Lücken über die Figur der Eingriffsnormen geschlossen werden können.<sup>703</sup>

Eine Sonderanknüpfung der Kapitalschutzvorschriften über Art. 18 IPRG ist aber zu verneinen,<sup>704</sup> da sie nicht zum Schutz der Gläubiger geeignet sind.<sup>705</sup> Der handelsregisterrechtliche Gläubigerschutz wird bei ausländischen Gesellschaften über die Sonderanknüpfung für Zweigniederlassungen und die Rechtsscheinhaftung des Art. 159 IPRG sichergestellt.<sup>706</sup> Der Gläubigerschutz durch firmenrechtliche Informationsvorschriften wird über die Sonderanknüpfungen der Art. 159 und Art. 160 IPRG erreicht.<sup>707</sup> Der Schutzzweck der Rechnungslegung wird in Bezug auf die Gläubiger auch ohne Anwendung der inländischen Rechnungslegungsvorschriften «unabhängig vom verwiesenen Recht» im Sinne des Art. 18 IPRG gewährleistet: Die Gläubiger können sich aufgrund der Firma des

<sup>701</sup> BGE 128 III 346 E. 3.1.1 S. 348.

<sup>702</sup> BGE 128 III 346 E. 3.1.4 S. 350.

<sup>703</sup> Siehe b) auf S. 65.

<sup>704</sup> Vgl. BGE 117 II 494 E. 7 S. 501 f.; so auch ZK-VISCHER, Art. 18 IPRG N 5.

<sup>705</sup> Siehe I. auf S. 107.

<sup>706</sup> Siehe 1. auf S. 117.

<sup>707</sup> Siehe 2. auf S. 121.

ausländischen Unternehmens ausreichend über potentielle Gefahren informieren, die aus der Anwendung einer ihnen unbekannten Rechtsordnung erwachsen.<sup>708</sup> Im Revisionsrecht besteht zwar aufgrund der Inkorporationstheorie eine potentielle Schutzlücke; diese führt aber zu keiner Lücke im Gläubigerschutz, da den Gläubigern andere informationelle und vertragliche Schutzmöglichkeiten offenstehen.<sup>709</sup> Offenlegungspflichten und Einsichtsrechte werden selbst bei inländischen Gesellschaften nicht konsequent durchgesetzt, was gegen ein Anwendungserfordernis bei ausländischen Gesellschaften spricht. Bei den Sofortmassnahmen bei Überschuldung kommt es trotz allfälliger Regelungslücken zu keiner Schutzlücke, da der Schutzzweck bereits über die firmenrechtlichen Vorschriften erreicht wird.<sup>710</sup>

Gleiches gilt für den Gläubigerschutz durch Haftung. Die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte haftungsrechtlicher Fragen erlauben es, die Relevanz des Gesellschaftsstatuts für Haftungsfragen im Bedarfsfall einzuschränken. Zudem stehen den Gläubigern auch noch allfällige Ansprüche aus Delikt offen. Der Schutzzweck der inländischen Haftungsvorschriften wird somit bereits über die Regel- und Sonderverweise des IPRG sichergestellt, so dass sich die Anwendung der inländischen Haftungsbestimmungen über Art. 18 IPRG nicht als notwendig erweist,<sup>711</sup> da ein milderer, geeignetes Mittel besteht (Selbstinformation der Gläubiger).

Die vorliegende Untersuchung zeigt den Weg auf, der im Bereich des Schutzes Dritter gegenüber der Gesellschaft am ehesten dem *τελος*, dem Regelungsziel der inländischen Vorschriften entspricht: Entscheidend ist nicht die Anwendung des inländischen Rechts, sondern die Frage, ob über den Regelverweis oder andere Instrumente der Schutzzweck der inländischen Norm erfüllt wird oder nicht. Wird dieses Regelungsziel bereits über das verwiesene Recht erreicht, so erübrigt sich die Anwendung der inländischen Vorschriften auf ausländische Gesellschaften.

<sup>708</sup> Siehe 3. auf S. 127.

<sup>709</sup> Siehe 4. auf S. 134.

<sup>710</sup> Siehe 6. auf S. 141.

<sup>711</sup> Siehe 1. auf S. 147.

## § 5 Schutz der Arbeitnehmer

Der Schutz der Arbeitnehmer ist keine gesellschaftsrechtliche Frage. Arbeitsverträge sind unabhängig vom Gesellschaftsstatut autonom zu qualifizieren (Art. 121 Abs. 1 IPRG): «Der Arbeitsvertrag untersteht dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.» Der Schutz der Arbeitnehmer ist somit auch bei ausländischem Gesellschaftsstatut gewährleistet.

Dennoch kommt man nicht umhin, die Frage des Schutzes der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsrecht kurz aufzugreifen. Als Angestellte von juristischen Personen sind auch Arbeitnehmer zumindest potentiell von der Organisation einer Gesellschaft betroffen (Mitwirkung bzw. Mitbestimmung).

Das Mitwirkungsgesetz<sup>712</sup> sichert den Arbeitnehmern Vertretungs-, Informations- und Mitwirkungsrechte zu. Die schweizerische Mitwirkung der Arbeitnehmer beschränkt sich aber auf *betriebliche* Aspekte, welche die Arbeitsbedingungen betreffen. Es wird nicht in die Organisation der Gesellschaft im gesellschaftsrechtlichen Sinne eingegriffen. Die schweizerischen Vorschriften sind weit entfernt von den deutschen Vorschriften, die den Arbeitnehmern *unternehmerische* Mitbestimmungsrechte zugestehen.<sup>713</sup> Somit ist in der vorliegenden Arbeit über das Gesellschaftsrecht nicht weiter auf die in der Schweiz vorgesehene Form der

<sup>712</sup> SR 822.14. Das Mitwirkungsgesetz gilt für alle privaten Betriebe, die ständig Arbeitnehmer in der Schweiz beschäftigen (Art. 1 Mitwirkungsgesetz). Gemäss Art. 3 Mitwirkungsgesetz können Arbeitnehmer in Betrieben mit mindestens 50 Mitarbeitern aus ihrer Mitte eine oder mehrere Vertretungen bestellen. Diese Vertretung hat das Recht, mindestens einmal jährlich über die Auswirkungen des Geschäftsganges auf die Beschäftigung und die Beschäftigten informiert zu werden. Zudem besteht ein Anspruch auf rechtzeitige und umfassende Information über alle Angelegenheiten, deren Kenntnis Voraussetzung für eine ordnungsgemässe Erfüllung ihrer Aufgaben ist (Art. 9 Mitwirkungsgesetz). Des Weiteren ist die Arbeitnehmervertretung befugt, in Fragen der Arbeitssicherheit, beim Übergang von Betrieben, bei Massenentlassungen sowie bei Fragen der beruflichen Vorsorge mitzuwirken (Art. 10 Mitwirkungsgesetz).

<sup>713</sup> § 7 Abs. 1 Ziff. 1 Mitbestimmungsgesetz (Deutschland): «Der Aufsichtsrat eines Unternehmens mit in der Regel nicht mehr als 10.000 Arbeitnehmern setzt

Arbeitnehmermitbestimmung einzugehen, da sie auf arbeitsrechtliche Fragen beschränkt ist und nicht in die Organisation der Gesellschaft eingreift.<sup>714</sup>

Arbeitnehmern kommen jedoch im Rahmen einer Fusion Rechte zu, die von gesellschaftsrechtlicher Relevanz sind: Sie können die Fusion ablehnen und so Einfluss auf die Gesellschaftsstruktur nehmen.

## I. Arbeitnehmerschutz bei Fusion und Spaltung

Im Rahmen einer Fusion oder Spaltung<sup>715</sup> stehen den Arbeitnehmern diverse Rechte zu. Zum einen haben die Arbeitnehmer die Möglichkeit, den Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf die übernehmende Gesellschaft abzulehnen. Zum anderen ist vor der Beschlussfassung über eine Fusion die Arbeitnehmervertretung zu konsultieren (Art. 28 FusG), was in Art. 333a OR geregelt ist. Bleibt die Konsultation aus, kann die Arbeitnehmervertretung vom Gericht verlangen, dass es die Eintragung der Fusion im Handelsregister untersagt. Diese Untersagung hat weitreichende Auswirkungen, da die Fusion einer im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft erst mit der Eintragung im Handelsregister rechtswirksam wird (Art. 22 FusG) und die Fusion somit nicht vollzogen werden kann.<sup>716</sup>

## II. Arbeitnehmermitwirkung als Eingriffsnorm?

Wenn eine ausländische Gesellschaft eine schweizerische Gesellschaft übernimmt (Emigrationsabsorption) oder sich mit ihr zu einer neuen ausländischen Gesellschaft zusammenschliesst (Emigrationskombination), kommt auf eine derartige Fusion von der Schweiz ins Ausland grundsätzlich das Recht der übernehmenden ausländischen Gesellschaft zur

sich zusammen aus je sechs Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer.»; s.a. KIERSTEIN, *passim*, und RIEGGER, 518–522.

<sup>714</sup> Nicht eingegangen wird vorliegend zudem auf das Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (SR 823.30). Dieses Gesetz betrifft rein arbeitsrechtliche Aspekte.

<sup>715</sup> Gemäss Art. 163d Abs. 1 IPRG gelten die Regeln über die Fusion auch für die Spaltung.

<sup>716</sup> Zum Ganzen s. HIRSIGER, 403 f.

Anwendung: Anknüpfungspunkt ist der (ausländische) Inkorporationsort (Art. 163b Abs. 4 IPRG).

Das IPRG sieht aber zum Schutz inländischer Interessen für gewisse Situationen die Anwendung des schweizerischen Rechts vor. Art. 28 Abs. 4 FusG verpflichtet auch Gesellschaften mit Sitz im Ausland zur Konsultation der Arbeitnehmer.<sup>717</sup> Gemäss den Materialien zum Fusionsgesetz handelt es sich bei Art. 28 Abs. 4 FusG um eine loi d'application immédiate<sup>718</sup> bzw. Eingriffsnorm.<sup>719</sup>

### III. «Eingriffsnorm» ohne «besonderen Zweck»

Die Mitwirkung der Arbeitnehmer ist eine sozialpolitische Frage.<sup>720</sup> In der Schweiz wird der Arbeitnehmermitwirkung keine fundamentale, grundlegende Rolle für die Organisation der Gesellschaft zugesprochen. Vielmehr geht aus den Materialien ausdrücklich hervor, dass die Mitwirkung der Arbeitnehmer allein im Hinblick auf die Kompatibilität des schweizerischen Rechts mit dem europäischen Recht eingeführt wurde.

«Eine Anpassung an das EG-Recht wird deshalb für uns ohne eine entsprechende allgemeine Gesetzgebung (und handle es sich nur um ein Rahmengesetz) je länger desto problematischer werden. Es geht für die Schweiz nun darum, die notwendigen Voraussetzungen zu schaffen, damit die EWR-bedingten Mitwirkungsrechte [der Arbeitnehmer] überhaupt umgesetzt werden können.»<sup>721</sup>

Dass ein «besonderer Zweck» i.S.d. Art. 18 IPRG die Anwendung der Arbeitnehmermitwirkung auf ausländische Gesellschaften zwingend mache, kann somit kaum behauptet werden. Nicht altruistische Schutzbestrebungen zugunsten der Arbeitnehmer haben den Gesetzgeber zu Art. 28 FusG bewegt, sondern realpolitische Überlegungen im Hinblick auf eine spätere Eingliederung der Schweiz in den europäischen Wirt-

<sup>717</sup> Siehe die analogen Vorschriften in Art. 50, Art. 77 Abs. 3, Art. 85 Abs. 4, Art. 86 Abs. 2, Art. 96 Abs. 5 sowie Art. 98 Abs. 2 FusG. Vorliegend wird ausschliesslich auf Art. 28 Abs. 4 FusG eingegangen, da in allen Situationen entweder direkt auf Art. 28 Abs. 4 FusG verwiesen wird oder eine analoge Bestimmung zur Anwendung gelangt.

<sup>718</sup> Botschaft FusG, BBl 2000 4337, S. 4429.

<sup>719</sup> So auch ZK-MÜLLER, Art. 28 FusG N 4 und WYLER, 257.

<sup>720</sup> So ausdrücklich Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft, BBl 1992 V 520, S. 637.

<sup>721</sup> Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft, BBl 1992 V 520, S. 636.

schaftsraum. Der besondere Zweck der Arbeitnehmermitwirkung – die Kompatibilität mit dem Europarecht – ist aber mit dem EWR-Nein des Volkes im Jahr 1992 stark relativiert worden und kann keine Anwendung i.S.d. Art. 18 IPRG mehr begründen.

#### IV. «Eingriffsnorm» ohne zwingende Anwendung

Art. 28 Abs. 4 FusG bezweckt die Information der Arbeitnehmer über den Grund der Fusion sowie deren rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen. Diese Mitarbeiterinformation ist sehr generell gehalten. Sieht bereits das ausländische Recht eine Konsultation der Arbeitnehmer vor,<sup>722</sup> wird der Schutzzweck des Art. 333a OR i.V.m. Art. 28 Abs. 4 FusG deshalb *de facto* bereits erfüllt, ohne dass die Bestimmung konkret zur Anwendung kommen müsste.<sup>723</sup> Art. 28 Abs. 4 FusG kommt somit *nicht immer* zur Anwendung,<sup>724</sup> sondern wird nur dann relevant, wenn sich aufgrund des verwiesenen ausländischen Rechts eine Schutzlücke ergibt, *i.e.* wenn das ausländische Recht keine vergleichbaren Konsultationspflichten kennt.

#### V. «Eingriffsrichtlinie» als *tertium datur*

Es stellt sich die Frage, ob eine Vorschrift, die nur bei Vorliegen einer Schutzlücke angewendet wird, noch als Eingriffsnorm zu bezeichnen ist. Die Frage drängt sich umso mehr auf, als mit Art. 28 Abs. 4 FusG i.V.m. Art. 333a OR *kein Höchststandard* vorgeschrieben wird, der immer zu beachten wäre und typisch für Eingriffsnormen ist,<sup>725</sup> sondern vielmehr

<sup>722</sup> Die europäische Richtlinie «zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen» (Richtlinie 2001/23 vom 12. 3. 2001, ABl. L 82/16), welche für alle EU-Mitgliedstaaten verbindlich ist, sieht in Art. 7 vergleichbare Konsultationspflichten wie Art. 28 FusG bzw. Art. 333a OR vor.

<sup>723</sup> ZK-MÜLLER, Art. 28 FusG N 114.

<sup>724</sup> Vgl. ZK-MÜLLER, Art. 28 FusG N 115: «Damit dürfte Abs. 4 [von Art. 28 FusG] bei Fusionen mit Rechtsträgern mit Sitz in EU-Ländern kaum zur Anwendung kommen.»

<sup>725</sup> Siehe DASSER, *Ordre public*, 41.

ein Mindeststandard gesetzt wird, den zu übertreffen das ausländische Gesellschaftsstatut frei ist.

Dieser Mechanismus des Mindeststandards<sup>726</sup> erinnert an den Vorbehalt des *Ordre public* – mit dem Unterschied, dass das ausländische Recht bei Nichterreichen der inländischen Mindeststandards im Falle der Mitwirkungsrechte kaum als mit der schweizerischen Rechtsauffassung unvereinbar angesehen werden kann.<sup>727</sup>

Art. 333a OR i.V.m. Art. 28 Abs. 4 FusG erscheint als Hybrid zwischen Vorbehaltsklausel und Eingriffsnorm, zwischen negativem und positivem *Ordre public*. Für dieses Phänomen erscheint, in Anlehnung an die europarechtliche Terminologie, die Bezeichnung «Richtlinie» passend: Es wird ein Resultat vorgegeben (die Konsultation der Arbeitnehmer), aber die konkrete Ausgestaltung wird bei Verweis auf das ausländische Recht den ausländischen Rechtsordnungen überlassen. Nur wenn das Resultat nicht erreicht wird, erfolgt die Anwendung über Art. 18 IPRG. Vorliegend wird diese teleologische Auslegung des Art. 18 IPRG als «Eingriffsrichtlinie» bezeichnet.<sup>728</sup>

<sup>726</sup> Vgl. Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft, BBl **1992** V 520, S. 636 f.: Der Beschluss «enthält nur ein Minimum an materiellen Bestimmungen». Es «wird darauf verzichtet, Details zu regeln».

<sup>727</sup> In der Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft, BBl **1992** V 520, S. 635, wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der politische Wille zu einer Regelung der Mitbestimmungsfrage auf Gesetzesstufe *nicht* vorhanden war und erst im Rahmen des autonomen Nachvollzugs des EU-Rechts erfolgte. Die Mitbestimmung kann somit m.E. nicht als Bestandteil des *Ordre public* angesehen werden.

<sup>728</sup> Siehe dazu bereits h) auf S. 87.





## § 6 Gesellschafter- und Anlegerschutz

Die Interessen der Gesellschafter und Anleger können durch die Wahl des Gesellschaftsstatuts durch die Gesellschaftsgründer beeinträchtigt werden. Es stellt sich die Frage, ob hier die Inkorporationstheorie zu Regelungs- und Schutzlücken führt, die gegebenenfalls durch die international zwingende Anwendung von inländischen Vorschriften geschlossen werden müssen.

### I. Abgrenzung zwischen Anlegern und Gesellschaftern

#### 1. Finanzielle vs. unternehmerische Interessen

Als *Anleger* werden Marktteilnehmer bezeichnet, deren Schutzinteresse auf die Sicherheit ihrer Kapitalanlagen ausgerichtet ist. Sie beabsichtigen keine Übernahme von Verantwortung und Macht innerhalb der Gesellschaft.<sup>729</sup> Anlegerschutz ist demnach Kapitalanlageschutz und rein funktional als Instrument zur Steigerung der Kapitalmarkteffizienz zu sehen.<sup>730</sup> Den Anlegern sollen standardisierte und vergleichbare Informationen zur Verfügung gestellt werden,<sup>731</sup> was für eine wirtschaftlich sinnvolle Verkaufs- oder Kaufentscheidung notwendig ist und so die optimale Allokation der finanziellen Ressourcen ermöglicht. Der Kreis der Anleger ist weit zu verstehen und umfasst auch *potentielle* Anleger, d.h. jede Person, selbst ohne den geringsten Bezug zur in Frage stehenden Gesellschaft.

*Gesellschafter* sind in einem verbandsrechtlichen Kontext zu sehen. Im Zentrum steht ihre Rolle als Eigentümer des Unternehmens. Die Interessen der Gesellschafter sind weniger finanzieller als unternehmerischer

<sup>729</sup> Gemäss Botschaft BEHG, BBl **1993** I 1369, S. 1381, ist «der Anlegerschutz als Fortentwicklung des Gläubigerschutzes» zu sehen, was deutlich macht, dass Anleger der Gesellschaft als Drittpersonen (und nicht als Gesellschafter) gegenüberstehen; Anleger werden bisweilen gar direkt zur Gruppe der Gläubiger gezählt; vgl. HOPT/VOIGT, 5.

<sup>730</sup> Botschaft BEHG, BBl **1993** I 1369, S. 1382; PETER, 39 f.

<sup>731</sup> PETER, 46.

Natur<sup>732</sup> und werden über Informationsrechte, Minderheitenschutz und Mitverwaltungsrechte gewahrt. Anders als beim Anlegerschutz liegt das Informationsbedürfnis der Gesellschafter nicht auf dem informationellen Vergleichsaspekt,<sup>733</sup> sondern auf der individuellen Information. Dieser Individualschutz gehört zur inneren Organisation der Gesellschaft und setzt nicht voraus, dass in jeder Gesellschaft die gleichen Standards herrschen.

Gesellschafter gehören als Teilmenge zu den Anlegern, da auch sie letzten Endes ihre Wertpapiere mit Gewinnabsicht erwerben. Nicht jeder Anleger bzw. Investor ist aber auch gleichzeitig Gesellschafter i.S.d. hiervor vorgestellten Definition; dies ist etwa bei einer Anlage in Anleiensobligationen (Art. 1156 OR), bei einer Stellung als Partizipant (Art. 656a ff. OR) oder bei potentiellen Anlegern der Fall.

## 2. Bedeutung der Abgrenzung

Die Abgrenzung zwischen Gesellschaftern und Anlegern ist für die Bestimmung des anwendbaren Rechts von Bedeutung. Der Schutz der Gesellschafter richtet sich grundsätzlich nach dem indirekt durch die Gesellschaftsgründer gewählten Gesellschaftsstatut (Art. 154 IPRG). Der Anlegerschutz hingegen wird primär über das Kapitalmarktrecht gewährleistet und knüpft an den objektiv bestimmten Ort des Wertpapierhandels an.<sup>734</sup> Es erfolgt eine Anwendung «unabhängig vom auf die Gesellschaft anwendbaren Recht», was jedoch gemäss der hier vertretenen Auffassung nicht auf eine etwaige Qualifikation als Eingriffsrecht zurückzuführen ist: Das auf die Gesellschaft anwendbare Recht i.S.d. Art. 154 IPRG ist vielmehr in Bezug auf den Anlegerschutz auf dem Kapitalmarkt *kollisionsrechtlich irrelevant*.

Die kapitalmarktrechtliche Qualifikation des Anlegerschutzes erübrigt *prima facie* die Frage nach der «Eingriffsnormenqualität» der Anlegerschutzvorschriften: Diese kommen bei entsprechendem Sachverhaltsbezug allein aufgrund der Inanspruchnahme des inländischen Kapitalmarkts zur Anwendung und müssen nicht über eine Qualifikation als Eingriffsnorm unabhängig vom verwiesenen Recht «anwendbar gemacht» werden.

<sup>732</sup> PETER, 39.

<sup>733</sup> Möglichkeit, die wirtschaftliche Lage und rechtliche Situation verschiedener Gesellschaften zwecks bestmöglicher Allokation der Ressourcen zu vergleichen.

<sup>734</sup> Siehe z.B. das Kotierungsreglement der SIX Swiss Exchange.

Die Zuordnung einer Bestimmung des Anlegerschutzes zum Kapitalmarktrecht ist jedoch keineswegs immer eindeutig. Sowohl das Gesellschaftsrecht (z.B. Art. 652a OR) als auch die börsenrechtlichen Vorschriften (BEHG, KR) enthalten Anlegerschutzvorschriften. Aus diesem Grund führt die kapitalmarkt- oder gesellschaftsrechtliche Qualifikation des Anlegerschutzes allein nicht weiter. Nachfolgend ist die Frage des Anlegerschutzes deshalb unabhängig von ihrer Qualifikation zu untersuchen. Die Gegenläufigkeit von Gesellschafter- und Anlegerinteressen<sup>735</sup> legt es nahe, den Anlegerschutz in Abgrenzung zum Gesellschafterschutz in einem eigenen Abschnitt zu behandeln.<sup>736</sup>

## II. Gesellschafterschutz

Die Direktoren und Geschäftsführer einer Gesellschaft verfügen i.d.R. über das Geld anderer, ohne dass sie für etwaige Verluste persönlich haften müssen. Diese Trennung von Gesellschaftseigentum und -kontrolle kann zu Interessenskonflikten führen, weshalb das Gesellschaftsrecht Normen zum Schutz der Gesellschafter vorsieht.

Gesellschafterschutz ist Teil der *Corporate Governance*.<sup>737</sup> Dieser Begriff ist aber aus international-privatrechtlicher Sicht problematisch: Er umfasst sowohl gesellschaftsrechtliche als auch aufsichtsrechtliche und damit öffentlichrechtliche Vorschriften des Kapitalmarkts. Letztere werden aber von *privatrechtlichen* Verweisungen nicht erfasst,<sup>738</sup> während gesellschaftsrechtliche Vorschriften über die Inkorporationstheorie zur Anwendung gebracht werden. Zudem kommen die Vorschriften, die zur Corporate Governance gezählt werden können, zumindest in Teilen sowohl Gesellschaftern als auch Anlegern und damit indirekt der Allgemeinheit zugute. Bei der Corporate Governance handelt es sich nicht um ein international einheitliches Regelwerk, sondern um länderspezifische Ansätze, die sowohl zwingende als auch freiwillige Massnahmen umfassen. Auf

<sup>735</sup> Siehe I. auf S. 159.

<sup>736</sup> Siehe III. auf S. 165.

<sup>737</sup> Corporate Governance ist die Gesamtheit der auf die Gesellschafterinteressen ausgerichteten Grundsätze, die unter Wahrung gegenläufiger Interessen der Gesellschaft und der Unternehmensführung Transparenz und ein ausgewogenes Verhältnis von Leitung und Kontrolle anstreben; s. dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 Rz. 25; BÖCKLI, Corporate Governance, 983.

<sup>738</sup> Siehe I. auf S. 37; s.a. Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 440.

den Begriff der Corporate Governance wird somit nicht weiter eingegangen, sondern auf die Begriffe des Gesellschafter- und Anlegerschutzes abgestellt.

## 1. Gesellschafterschutz im schweizerischen Recht

Der Gesellschafterschutz wird im schweizerischen Recht primär über das informationelle Schutzmodell erreicht. Jeder Aktionär hat ein Auskunftsrecht über die Angelegenheiten der Gesellschaft sowie deren Überprüfung durch die Revisionsstelle (Art. 697 Abs. 1 OR), welches notfalls auch durch richterlichen Beschluss durchgesetzt werden kann. Zudem besteht ein Recht auf Sonderprüfung bestimmter Sachverhalte, sofern dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist (Art. 697a OR).

Neben Transparenzvorschriften gehören auch interne Organisationsregeln zum Gesellschafterschutz, z.B. die ausdrückliche Zuordnung von Kontrollaufgaben an die entsprechenden Kontrollorgane.<sup>739</sup> Der Verwaltungsrat hat beispielsweise als unübertragbare und unentziehbare Aufgaben die Verantwortlichkeit für den Jahresabschluss sowie die Ernennung der Geschäftsleitung zu übernehmen (Art. 716a OR). Des Weiteren bestehen Auskunftspflichten über die Vergütung der Geschäftsleitung, Einberufungs- und Traktandierungsrechte sowie eine erleichterte Möglichkeit zur Klage auf Auflösung der Gesellschaft. Zentrales Element der Information über die wirtschaftliche Situation einer Gesellschaft ist zudem die Rechnungslegung bzw. deren jährliche Zusammenfassung, die Jahresrechnung.<sup>740</sup> Ein Auskunfts- sowie ein beschränktes Einsichtsrecht (Art. 697 OR) zugunsten der Gesellschafter erlaubt es diesen, ihre Interessen zu wahren.<sup>741</sup>

## 2. Gesellschafterschutz als Bestandteil des Gesellschaftsstatuts

Gemäss Art. 155 IPRG bestimmt das auf die Gesellschaft anwendbare Recht die Organisation der Gesellschaft, d.h. die internen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern. Dazu gehört auch der Gesellschafterschutz, der somit primär dem *Gesellschaftsstatut* zu entnehmen

<sup>739</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 Rz. 42

<sup>740</sup> Siehe das Beispiel der Rechnungslegung auf S. 69.

<sup>741</sup> Siehe dazu bereits A) auf S. 140.

men ist.<sup>742</sup> Der Schutz der Gesellschafter richtet sich nach dem gegebenenfalls ausländischen Gesellschaftsstatut,<sup>743</sup> welches beispielsweise das Ausmass der Informationsrechte über die Vergütung der Geschäftsleitung, Einberufungs- und Traktandierungsrechte sowie erleichterte Möglichkeiten zur Klage auf Auflösung der Gesellschaft bestimmt.

Die gesellschaftsrechtliche Anknüpfung des Gesellschafterschutzes erklärt sich dadurch, dass die Rechtsstellung eines Mitglieds in einer Gesellschaft rechtsformabhängig ist. Anders als bei der AG werden bei einer GmbH oder einer Personengesellschaft die Rechte, Pflichten und Kräfteverhältnisse zwischen den Organen individuell nach den Bedürfnissen der Gründer und Gesellschafter ausgestaltet,<sup>744</sup> so dass eine gesellschaftsrechtliche Anknüpfung dieser Organisationsvorschriften naheliegt.

### 3. Kein eingriffsrechtliches Schutzbedürfnis der Gesellschafter

Gesellschafter wird man freiwillig. Wer Mitglied einer ausländischen Gesellschaft wird, akzeptiert durch seine freie Entscheidung auch das ausländische Gesellschaftsstatut.<sup>745</sup> Diese Entscheidung der neu hinzutretenden Gesellschafter ist als Gegenstück zur einseitigen Wahl des Inkorporationsortes durch die Gesellschaftsgründer zu sehen. Nach der Gründung hinzutretende Gesellschafter haben deshalb keinen Anspruch auf Schutz vor dem anwendbaren Recht.

Selbst Gesellschafter, die diese Eigenschaft ohne ihr Zutun, beispielsweise durch einen Erbfall, erlangt haben, können sich von ihrer Beteiligung durch Verkauf lösen, oder haben i.d.R. zumindest die Möglichkeit, das Erbe auszuschlagen.<sup>746</sup> Bleiben sie in der Gesellschaft, akzeptieren sie auch deren Statut.<sup>747</sup> Ihre Qualität als Gesellschafter beruht auf einer freiwilligen Entscheidung. Die Gesellschafter können und müssen sich

<sup>742</sup> SCHNYDER, FS Böckli, 580.

<sup>743</sup> Siehe auch GmbHG-Kommentar-BEHRENS, Allg. Einl. Rz. B 52, für den der Gesellschafterschutz als «innerer Kern des Gesellschaftsrechts» zwingend dem Gesellschaftsstatut überlassen werden muss.

<sup>744</sup> SPAHLINGER/WEGEN-CARL, Rz. 1504 ff.

<sup>745</sup> TERSTEEGEN, 214.

<sup>746</sup> Wäre dies nicht der Fall, könnte die Vorbehaltsklausel greifen (Art. 17 IPRG).

<sup>747</sup> ZIMMER, IntGesR, 402 f.

mit dem Schutz begnügen, den die ausländische Rechtsordnung für sie bereithält, da sie sich ihr freiwillig unterworfen haben.<sup>748</sup>

Auch das Verhältnis zwischen Mehrheit und Minderheit in einer Gesellschaft ist eine Frage des Gesellschaftsrechts. Gesonderte Anknüpfungen würden hier den inneren Zusammenhang zerstören.<sup>749</sup> Zudem bringt die Wahl eines laxeren Gesellschaftsstatuts oftmals auch grössere wirtschaftliche Freiheiten mit sich, welche über Gewinnbeteiligungen den Gesellschaftern nicht vorenthalten bleiben. Aus diesen Gründen sind Eingriffe in den Regelverweis zum Schutz der Minderheitsgesellschafter nicht zu rechtfertigen.<sup>750</sup> Eine international zwingende Anwendung der inländischen Vorschriften zum Schutz der Gesellschafter ist nicht erforderlich, da die Gesellschafter die Möglichkeit haben, sich über den Status der ausländischen Gesellschaften zu informieren.<sup>751</sup>

Im Bereich der Formvorschriften anlässlich der Übertragung von Gesellschaftsanteilen besteht ebenfalls kein Schutzbedürfnis.<sup>752</sup> Art. 124 IPRG sieht eine alternative Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut und an den Abschlussort vor, schliesst aber die Anwendung der Ortsform aus, wenn das auf das Rechtsgeschäft anwendbare Recht die Beachtung einer Form zum Schutz einer Partei vorschreibt. Der Schutz der Parteien wird somit auch bei Auslandsgesellschaften trotz teilweiser Anwendung des Gesellschaftsstatuts zur Genüge erfüllt.<sup>753</sup> Wer in der Schweiz z.B. Gesellschaftsanteile überträgt, verzichtet vermutungsweise konkludent

<sup>748</sup> RIEGGER, 518.

<sup>749</sup> GmbHG-Kommentar-BEHRENS, Allg. Einl. Rz. B 52.

<sup>750</sup> TERSTEEGEN, 214 f.

<sup>751</sup> Siehe II. auf S. 117; s.a. EIDENMÜLLER-EIDENMÜLLER, § 7 Rz. 45.

<sup>752</sup> Während z.B. das deutsche Recht für die Übertragung von GmbH-Anteilen die notarielle Beurkundung vorsieht (§ 15 Abs. 3 GmbHG), ist im schweizerischen Recht nur die schriftliche Form vorgeschrieben (Art. 785 OR; s. MÜLLER-CHEN, *passim*). In der Schweiz gibt es auch keine Formvorschriften für die Übertragung von Inhaberaktien einer Aktiengesellschaft, welche durch einfache Übergabe übertragen werden können (Art. 684 OR).

<sup>753</sup> Sofern in der Schweiz Anteile einer Gesellschaft mit strengeren Formvorschriften übertragen werden, ist das gem. schweizerischem Recht erforderliche Schutzniveau aber ohnehin erreicht, da entweder das strengere ausländische Recht oder aber die Ortsform beachtet werden müssen. Würde das ausländische Recht das schweizerische Schutzniveau unterbieten, müssten sich die Gesellschafter dies entgegenhalten lassen und würden keinen Schutz verdienen: Sie sind freiwillig Gesellschafter und akzeptieren somit auch die anwendbaren gesellschaftsrechtlichen Vorschriften des ausländischen Gesellschaftsstatuts.

auf die Formvorschriften der ausländischen *lex causae*. Es bedarf keiner Sonderanknüpfungen der Formvorschriften über Art. 18 IPRG, da der informationelle Schutz der Parteien durch die Regelanknüpfung sichergestellt ist.<sup>754</sup>

Die Anwendung der Vorschriften zum Schutz der Gesellschafter als Eingriffsrecht ist somit zu verneinen.

### III. Anleger- und Kapitalmarktschutz

Der Schutz der Anleger wird sowohl über Vorschriften des Kapitalmarktrechts als auch über gesellschaftsrechtliche Bestimmungen gewährleistet. Die Grenze zwischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht lässt sich nicht klar ziehen, was eine Behandlung des Anlegerschutzes im Rahmen der vorliegenden Arbeit über Eingriffsnormen im Gesellschaftsrecht rechtfertigt.

Der Anlegerschutz verfolgt einen überindividuellen, «besonderen» Zweck.<sup>755</sup> Kapitalmarktrecht dient sowohl den Interessen der Anleger als auch der Allgemeinheit.<sup>756</sup> Anlegerschutz ist Voraussetzung für die und Folge der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts: Ohne Anlegerschutz wird kein Kapital investiert.<sup>757</sup> Der Anlegerschutz dient dem Schutz der effizienten Preisbildung und der Allokation von Kapital<sup>758</sup> und somit dem

<sup>754</sup> Siehe aber KINDLER, Ortsstatut, *passim*: § 15 Abs. 3 GmbHG sei eine Eingriffsnorm, da sie nicht den Schutz der Parteien betreffe, sondern zum Wesen der GmbH gehöre. Eine in der Schweiz gem. Ortsrecht erfolgte Übertragung deutscher GmbH-Anteile ohne Beachtung des notariellen Formerfordernisses könnte deshalb u.U. über Art. 19 IPRG untersagt werden.

<sup>755</sup> Das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Kapitalmarkt zeigt sich u.a. an der strafrechtlichen Sanktionierung von Informationspflichtverletzungen: Art. 146 StGB (Betrug), Art. 161bis StGB (Kursmanipulation) und Art. 251 StGB (Urkundenfälschung). Geschützt wird nicht nur das Vermögen der Investoren, sondern auch deren Vertrauen in einen sauberen, unverfälschten und chancengleichen Kapitalmarkt (Botschaft BEHG, BBl 1993 I 1369, S. 1428).

<sup>756</sup> Siehe I. auf S. 159.

<sup>757</sup> Kein Anleger wird bereit sein, sein Geld «blind», ohne jegliche Information über den Empfänger, zur Verfügung zu stellen. Täte er dies, wäre er auch nicht schützenswert, von einer allfälligen Übervorteilung im Sinne des Art. 21 OR im Einzelfall abgesehen.

<sup>758</sup> MüKo Bd. 11–SCHNYDER, IntKapMarktR Rz. 14–17.

Schutz des Kapitalmarkts als Institution.<sup>759</sup> Gemäss der hier vertretenen Auffassung erlaubt dies allein jedoch noch nicht die Qualifizierung einer Vorschrift als Eingriffsnorm. Die Doppelfunktion des Kapitalmarktrechts, das gleichzeitig sowohl privaten als auch öffentlichen Interessen dient, ist zudem grundsätzlich allen Gesetzesnormen inhärent.<sup>760</sup> Dies begründet somit keine Sonderstellung des Kapitalmarktrechts, weshalb es vorliegend unter dem Aspekt des Anlegerschutzes behandelt wird.

## 1. Anlegerschutz durch Information

Unternehmen sind für ihren wirtschaftlichen Erfolg auf finanzielle Mittel angewiesen. Diese erhalten sie auf dem Kreditmarkt, welcher in den kurzfristigen Geldmarkt und den langfristigen Kapitalmarkt aufgeteilt ist.<sup>761</sup> Bei einer Finanzierung auf dem Geldmarkt stellen sich grundsätzlich keine gesellschaftsrechtlichen Fragen: Die Geldaufnahme erfolgt im Rahmen von schuldrechtlichen Kreditverträgen. Auf dem Kapitalmarkt hingegen erfolgt die Finanzierung in der Regel durch die Ausgabe von Beteiligungspapieren, deren Ausgabe gesellschafts- und kapitalmarktrechtlich geregelt ist. Nachfolgend wird deshalb auf den Anlegerschutz im Zusammenhang mit einer Finanzierung auf dem *Kapitalmarkt* eingegangen.

Der Kapitalmarkt ist in den Primär- und den Sekundärmarkt aufgeteilt. Der *Primärmarkt* umfasst die *Erstausgabe* und Inverkehrsetzung von Wertpapieren und wird deshalb auch *Emissionsmarkt* genannt. Das Gegenstück zum Primärmarkt bildet der *Sekundärmarkt*, welcher den

<sup>759</sup> Das BEHG verpflichtet z.B. bedeutende Gesellschafter bei der Überschreitung gewisser prozentualer Schwellenwerte zur Unterbreitung eines Pflichtangebotes für alle kotierten Beteiligungspapiere der betroffenen Gesellschaft (Art. 32 BEHG). Die Angebotspflicht zielt darauf ab, «unfreundliche Übernahmen durch dubiose Gesellschaften» zu verhindern (AB (N) **1994** 1064). Zwar wird in den Materialien der Schutz der Anleger als Normzweck der Angebotspflicht erwähnt (Botschaft BEHG, BBl **1993** I 1369, S. 1389: «Schutz der Minderheitsaktionäre»); in der Diskussionen im Nationalrat wurde jedoch vor allem auf protektionistische und gemeinwohlschützende Aspekte abgestellt. Es sollte verhindert werden, dass Firmen zulasten der schweizerischen Steuerzahler «ausgehöhlt» werden (AB (N) **1994** 1065).

<sup>760</sup> Siehe a) auf S. 62.

<sup>761</sup> Auf dem *Geldmarkt* werden kurzfristige Finanzierungsmittel mit einer Laufzeit unter zwölf Monaten gehandelt, während man bei einer längeren Laufzeit, etwa bei der Ausgabe von Anleihen, vom *Kapitalmarkt* spricht.



*Handel* mit diesen Wertpapieren beschreibt,<sup>762</sup> d.h. den zweiten Handelszyklus.

Primär- und Sekundärmarkt unterscheiden sich in Bezug auf die Schutzbedürfnisse der Anleger. Auf dem Primärmarkt müssen die Unternehmer ihre potentiellen Investoren überzeugen, ihnen ihre Wertpapiere abzukaufen. Anleger gelten kalkulierbar gewordene Risiken durch höhere Preise ab. Dementsprechend gross ist das Eigeninteresse der Gesellschaften, über ihre Wertpapiere selbst zu informieren, und entsprechend klein der Bedarf nach einer detaillierten gesetzlichen Regelung der Information.<sup>763</sup> Auf dem Sekundärmarkt hingegen sind es meist die Anleger selbst, die die handelbaren Wertpapiere öffentlich untereinander veräussern. Das Informationsbedürfnis der Anleger ist dort nicht punktuell auf den Zeitpunkt der Kaufentscheidung begrenzt, sondern erstreckt sich auf die gesamte Dauer des Wertpapierbesitzes,<sup>764</sup> um zum richtigen Zeitpunkt verkaufen zu können. Auch potentielle Anleger müssen geschützt werden, was eine permanente Information bedingt.<sup>765</sup> Auf dem organisierten Sekundärmarkt ist die staatliche Aufsicht für einen effizienten Anlegerschutz deshalb absolut notwendig, da über diese Plattform ein grosses Publikum angesprochen wird und grosse Geldmengen im Spiel sind.

Die unterschiedlichen Informationsbedürfnisse auf dem Primär- und Sekundärmarkt legen es nahe, die beiden Märkte in zwei verschiedenen Abschnitten zu behandeln.

<sup>762</sup> Botschaft BEHG, BBl **1993** I 1369, S. 1384. Da im Nachfolgenden auch auf die deutsche Literatur Bezug genommen wird, sei rechtsvergleichend darauf hingewiesen, dass die Abgrenzung zwischen Primär- und Sekundärmarkt in Deutschland anders vorgenommen wird (vgl. KOWALEWSKI, 1002): Es wird ausschliesslich auf den Zeitpunkt der erstmaligen Emission abgestellt, sodass eine «Sekundärplatzierung» an der Börse, die auf eine Festübernahme folgt, zum Primärmarkt gerechnet würde, während man in der Schweiz aufgrund des Marktplatzes vom Sekundärmarkt ausginge. Die Regeln über den Börsenzulassungsprospekt werden deshalb in Deutschland regelmässig dem Primärmarkt zugerechnet, da die erstmalige Emission von Wertpapieren und ihre anschliessende Platzierung an der Börse i.d.R. in einem Schritt vorgenommen wird.

<sup>763</sup> BOTOSAN, Disclosure, 69.

<sup>764</sup> KONDOROSY, 47.

<sup>765</sup> Botschaft BEHG, BBl **1993** I 1369, S. 1381 f.

## 2. Primärmarkt

Die Ausgabe neuer Wertpapiere und -rechte kann öffentlich oder als Privatplatzierung erfolgen. Je nach Ausgabeart liegt ein anderer Adressatenkreis vor, mit unterschiedlichen Qualifikationen, speziellen Schutzbedürfnissen und individuellem Gefährdungspotential. An jede Ausgabeart werden deshalb unterschiedliche Informationspflichten geknüpft. Nachfolgend wird auf den Anlegerschutz bei Privatplatzierung und bei öffentlicher Ausgabe eingegangen.

### A) Privatplatzierung als Wertpapieraussgabe ohne Anlegerschutz

Bei einer Privatplatzierung wird auf eine breite Publizität des Wertpapierangebotes verzichtet.<sup>766</sup> Die Wertpapiere werden «unter der Hand» an einen begrenzten Kreis von Personen veräußert,<sup>767</sup> welche oftmals einen besonderen Bezug zum Unternehmen aufweisen<sup>768</sup> oder besonders qualifiziert sind<sup>769</sup> und deshalb ihre Risiken selber abschätzen können.

Eine Privatplatzierung ist immer dann anzunehmen, «wenn sämtliche aus Anlass einer Emission umworbenen Anleger auf rechtlichen Schutz nicht angewiesen sind, weil sie über genügend Kapitalmarktkenntnisse verfügen».<sup>770</sup> Abgrenzungskriterium zwischen öffentlicher und privater Platzierung ist nicht eine fixe Zahl von adressierten Anlegern, bei deren Überschreiten eine Wertpapieraussgabe automatisch als öffentlich zu qualifizieren wäre.<sup>771</sup> Relevant ist vielmehr das reelle Schutzbedürfnis der visierten Anleger. Ist der Adressatenkreis unbegrenzt und nicht kon-

<sup>766</sup> Die Privatplatzierung ist bei der GmbH die einzig mögliche Emissionsart; ein öffentliches Angebot zur Zeichnung von Stammanteilen ist ausgeschlossen (Art. 781 Abs. 3 OR).

<sup>767</sup> Vgl. *e contrario* Art. 652a Abs. 2 OR.

<sup>768</sup> Z.B. die Arbeitnehmer, oder die Mitglieder des Gastgewerbes eines Dorfes, welche die Aktien eines Skilifts zeichnen.

<sup>769</sup> Etwa Banken, Anlagefonds oder Versicherungen.

<sup>770</sup> KONDOROSY, 25.

<sup>771</sup> A.A. NOBEL, Finanzmarktrecht, § 11 Rz. 213, welcher gestützt auf Art. 4 BEHV ab einem Kreis von über 20 Personen von einem öffentlichen Angebot ausgeht. Dies mag zwar ein klares Kriterium sein, verkennt m.E. aber den Schutzzweck der primärmarktrechtlichen Prospektpflicht, nämlich die Beseitigung von Informationsasymmetrien, welcher nicht von der Quantität, sondern von der Qualität der Anleger abhängt.

trollierbar,<sup>772</sup> kann nicht von einer speziellen Qualifikation der Anleger ausgegangen werden, weil diese unbekannt sind; bei einem limitierten Adressatenkreis ist dies hingegen möglich.

Bei einer Privatplatzierung können sich die anvisierten, potentiellen Anleger die nötigen Information selber beschaffen.<sup>773</sup> Ein Anleger, der sein Geld ohne jegliche Information in ein Unternehmen investiert, geht ein Risiko ein, das nicht schützenswert ist. Privatemissionen werden zudem, trotz Abwesenheit einer rechtlichen Regelung, meist auf freiwilliger Basis von einem Informationsblatt seitens des Unternehmens begleitet. Die Lücke im Anlegerschutz, welche aufgrund der fehlenden Informationsvorschriften entstehen könnte, wird somit durch freiwillige Informationen geschlossen,<sup>774</sup> bzw. besteht gar nicht, da ein Anleger, der ohne Informationen investiert, nicht schützenswert ist.

## **B) Anlegerschutz bei öffentlicher Ausgabe**

Als *öffentlich* gilt die Ausgabe von Wertpapieren, wenn sie sich an einen nicht begrenzten, unbestimmten Personenkreis richtet (Art. 652a Abs. 2 OR). Ein Unternehmen weist bei einer öffentlichen Ausgabe prinzipiell keinen besonderen Bezug zu den Anlegern auf. Diesen müssen somit auch entsprechende Informationen zur Verfügung gestellt werden, damit sie eine fundierte Investitionsentscheidung treffen können. Diese Informationspflicht (Prospektpflicht) seitens des Emittenten ersetzt die bei einer öffentlichen Platzierung entfallende Verhandlung zwischen Kapitalnachfrager und -anbieter.<sup>775</sup>

Anleger müssen sich darauf verlassen können, dass die Informationen, auf welche sie ihre Anlageentscheidung stützen, korrekt sind. Die öffentliche Platzierung zeichnet sich deshalb durch haftungsbewehrte

<sup>772</sup> BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 652a N 3 ff.

<sup>773</sup> KONDOROSY, 24.

<sup>774</sup> Veröffentlicht ein Unternehmen freiwillig Informationen über seine Wertpapiere, stehen den Anlegern gegebenenfalls Ansprüche aus Delikt, Vertrag oder aus unlauterem Wettbewerb zu (KONDOROSY, 22). Legt der Emittent jedoch geradezu einen eigentlichen Emissionsprospekt vor, würden sich etwaige Ansprüche aus diesem Prospekt auch nach den entsprechenden Prospekthaftungsregeln richten. Diese schützen das Vertrauen in den Prospekt als solchen, so dass jeder unter die Prospekthaftung fällt, der einen Prospekt erstellt oder ähnliche Informationen verbreitet, unabhängig davon, ob eine Prospektpflicht bestand.

<sup>775</sup> ZOBL/KRAMER, 12.

Publizitätspflichten seitens der Emittenten aus.<sup>776</sup> Wer durch Werbung angesprochen wird und sich für eine Zeichnung interessiert, darf davon ausgehen, dass die Informationen in der Absicht veröffentlicht worden sind, über alle wesentlichen Tatsachen des Vorhabens sachlich und zutreffend zu berichten.<sup>777</sup>

**a) Gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Vorschriften** Voraussetzung für die Erlaubnis zur öffentlichen Ausgabe von *Beteiligungspapieren*<sup>778</sup> ist das Erstellen und Publizieren eines Emissionsprospekts (Art. 652a Abs. 1 OR). Verlangt wird die Offenlegung der wirtschaftlichen und rechtlichen Eckdaten des Unternehmens, wie etwa Informationen über den Handelsregistereintrag, die bisherige Höhe und Zusammensetzung des Aktienkapitals, etwaige Kapitalerhöhungsbeschlüsse und Genussscheine, die Rechnungslegung, sowie die in den letzten fünf Jahren ausgerichteten Dividenden. Es handelt sich um ein Mittel zur Werbung von Drittpersonen für die Aktienzeichnung. Der Prospekt soll dem Anleger diejenigen Fakten über den Emittenten und das Wertpapier vermitteln, die für eine fundierte Anlageentscheid nötig sind, und mittels einer Art vorvertraglicher Aufklärungspflicht den Investor auf Gefahren der Emission hinweisen.<sup>779</sup>

Die Pflicht zum Erstellen eines Emissionsprospekts gilt bei der Ausgabe neuer Aktien oder Partizipationsscheine.<sup>780</sup> Emissionsprospekte unterliegen keiner materiellen Kontrolle. Art. 752 OR sieht vielmehr eine *nachträgliche* Haftung für unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Angaben im Emissionsprospekt vor. Geschützt werden soll das Vertrauen der Anleger in die jeweils zirkulierenden Informationen. Jeder, der am Emissionsprospekt mitgewirkt hat, haftet den Erwerbern der Titel für den dadurch verursachten Schaden. Eine Verletzung der Emissionsprospektpflicht durch unwahre Angaben kann auch strafrechtlich sanktioniert werden (Art. 152 StGB).

Nebst der Ausgabe von Gesellschaftsanteilen stehen einer Gesellschaft noch andere Möglichkeiten zur Verfügung, um auf dem Kapitalmarkt

<sup>776</sup> Siehe Art. 652a, 752 sowie 1156 OR.

<sup>777</sup> BGE 112 II 172 E. I.2a S. 176.

<sup>778</sup> Verbrieftes Beteiligungsrecht oder verbrieftes Genussschein.

<sup>779</sup> BGE 120 IV 122 E. 4.d.bb S. 128.

<sup>780</sup> Art. 652a Abs. 1 und Art. 656a Abs. 2 OR.

Geld aufzunehmen, insbesondere mittels der Ausgabe von *Anleihensobligationen*.<sup>781</sup> Art. 1156 OR schreibt vor, dass Anleihensobligationen nur auf Grund eines Prospekts öffentlich zur Zeichnung aufgelegt oder an der Börse eingeführt werden dürfen. Der Anleihensemissionsprospekt geht weiter als der Emissionsprospekt i.S.v. Art. 652a OR: Er muss nähere Angaben über die Anleihe enthalten, insbesondere Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen, besondere Sicherheiten und gegebenenfalls über die Vertretung der Anleihensgläubiger (Art. 1156 Abs. 2 OR). Eine Verletzung der kapitalmarktrechtlichen Emissionsprospektpflicht kann auch zu straf- und zivilrechtlichen Folgen führen.<sup>782</sup> Die Personen, die am Prospekt mitgewirkt haben, haften solidarisch für den Schaden, der aus unrichtigen oder den gesetzlichen Erfordernissen nicht genügenden Angaben entstanden ist.

Weitere Informationspflichten finden sich im Börsengesetz sowie im Kollektivanlagengesetz.<sup>783</sup> Der Anbieter einer öffentlichen Beteiligung an schweizerischen Gesellschaften, deren Beteiligungspapiere mindestens teilweise an einer Börse<sup>784</sup> in der Schweiz kotiert sind, muss sein Angebot mit wahren und vollständigen Informationen in einem Prospekt veröffentlichen (Art. 24 BEHG). Bei der öffentlichen Ausgabe in der Schweiz oder von der Schweiz aus muss für strukturierte Produkte<sup>785</sup> ein Prospekt vorgelegt werden (Art. 5 KAG), welcher detaillierte Informationen über die offene kollektive Kapitalanlage enthält (Art. 75 ff. KAG). Auch ausländische Kollektivanlagefonds müssen beim öffentlichen Vertrieb in der Schweiz oder von der Schweiz aus einen Verkaufsprospekt vorweisen (Art. 120 Abs. 1 KAG).

<sup>781</sup> Unter Anleihensobligation ist eine massenweise ausgegebene Teilschuldverschreibung zu verstehen, deren Rückzahlungs- und Verzinsungsansprüche durch wertpapiermässige Verbriefung handelbar gemacht werden (CONTRATTO, 272).

<sup>782</sup> Art. 152 und Art. 161bis StGB; Art. 1156 Abs. 3 OR.

<sup>783</sup> Vgl. Art. 1 BEHG; Art. 1 KAG: Diese Gesetze verfolgen explizit das Ziel, «für den Anleger Transparenz und Gleichbehandlung sicherzustellen» sowie «die Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte» bzw. des Marktes für kollektive Kapitalanlagen zu gewährleisten.

<sup>784</sup> In der Schweiz existieren mehrere Börsen. Vorliegend wird ausschliesslich auf die SIX Swiss Exchange Bezug genommen, da diese bei weitem die bedeutendste Börse in der Schweiz ist.

<sup>785</sup> Strukturierte Produkte sind zusammengesetzte Finanzinstrumente, die mit verschiedenen Aktien, Anleihen etc. verbunden sind, so dass Kursschwankungen abgefangen oder verstärkt werden können.

**b) Qualifikation und Anknüpfung der Prospektvorschriften** Die Anknüpfung der hiervor aufgeführten Prospektvorschriften und ihre Anwendung auf ausländische Gesellschaften hängt von ihrem Schutzzweck bzw. ihrer Ausgestaltung ab.

Bei Finanzierungsinvestitionen (Ausgabe von Anleiheobligationen) knüpft die Prospektspflicht nicht an den Gesellschaftstyp an, da der Gesellschaft keine neuen Mitglieder beitreten. Die Prospektspflicht gilt deshalb *rechtsformübergreifend*, sobald Anleiheobligationen öffentlich zur Zeichnung aufgelegt werden und den Kapitalmarkt beanspruchen. Art. 1156 OR ist *kapitalmarktrechtlich* einzuordnen und gilt auch für ausländische Gesellschaften, wenn Anleihen in der Schweiz ausgegeben werden.

Anders verhält es sich bei Beteiligungsinvestitionen und dem Emissionsprospekt i.S.v. Art. 652a OR. Die Ausgabe neuer Aktien führt zu einer Vergrößerung des Gesellschafterkreises. Dieser Vorgang, welcher die Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern betrifft, gehört zum Gesellschaftsrecht und wird dementsprechend auch *gesellschaftsrechtlich* geregelt. Das auf die Gesellschaft anwendbare Recht bestimmt die internen Beziehungen der Gesellschaft, namentlich diejenigen zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern (Art. 154 und 155 IPRG). Da es sich beim Kauf von Aktien durch Dritte um den Beitritt neuer Mitglieder zur Gesellschaft handelt, kommen auf dieses Rechtsgeschäft die jeweiligen nationalen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zur Anwendung. Die Emissionsprospektpflicht des Art. 652a OR bei der Ausgabe von Beteiligungspapieren gehört systematisch zum sechsundzwanzigsten Titel des Obligationenrechts über die Aktiengesellschaft, was insbesondere für die Frage der Anwendbarkeit auf ausländische Gesellschaften relevant ist, zumal gesellschaftsrechtliche Fragen prinzipiell dem – gegebenenfalls ausländischen – Gesellschaftsstatut zu entnehmen sind. Die schweizerischen Emissionsprospektpflichten sind somit grundsätzlich lediglich auf schweizerische Gesellschaften anwendbar, und Informationspflichten im Zusammenhang mit der öffentlichen Ausgabe von Beteiligungsrechten richten sich nach dem über die Inkorporationstheorie bestimmten Gesellschaftsstatut.

### **C) Regelungslücke im Anlegerschutz**

Auf dem schweizerischen Primärmarkt wird die öffentliche Ausgabe von Beteiligungsrechten, anders als dies bei den Finanzierungsinvestitionen

der Fall ist, *gesellschaftsrechtlich* geregelt. Dieser Verweis auf die Prospektpflichten des Gesellschaftsstatuts stellt dann kein Problem dar, wenn die ausländischen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen ähnliche Vorschriften wie jene der schweizerischen primärmarktbezogenen Emissionsprospektpflicht kennen. Dieser Verweis wird jedoch dann zum Problem, wenn das ausländische Gesellschaftsrecht die primärmarktbezogenen Informationspflichten nicht im Gesellschaftsrecht regelt, sondern ihre Anwendung beispielsweise an den Kapitalmarkt anknüpft. Dies ist in den EU-Mitgliedstaaten der Fall.<sup>786</sup>

Die nationale schweizerische Qualifikation der Emissionsprospektpflicht als gesellschaftsrechtliche Vorschrift führt zur internationalprivatrechtlichen Konsequenz, dass die Emission ausländischer Beteiligungspapiere in der Schweiz zumindest auf dem Primärmarkt nicht unbedingt einer Prospektpflicht unterliegt, obwohl derartige Vorschriften prinzipiell in allen Ländern vorgesehen sind.<sup>787</sup> Es ist nicht auszuschliessen, dass der Verweis auf die Vorschriften des Gesellschaftsstatuts ins Leere greift, wenn entsprechende Prospektvorschriften nicht gesellschaftsrechtlich geregelt sind.

#### **D) Prospektvorschriften als Eingriffsrecht?**

In der Lehre wird von verschiedenen Seiten vertreten, die Regelungslücke im Gläubigerschutz auf dem Primärmarkt müsse über Art. 18 IPRG

<sup>786</sup> Durch die Prospekttrichtlinie 2003/71/EG wurde in den Ländern der EU die Zerteilung in Primär- und Sekundärmarkt in Bezug auf die Prospektpflichten *de facto* aufgehoben, mit dem Resultat, dass sich in den Gesellschaftsrechten der EU-Mitgliedstaaten keine Emissionsprospektpflichten mehr finden. Die entsprechenden Emissionsprospektvorschriften sind in spezialgesetzlichen Regelungen des Kapitalmarkts geregelt, deren Anwendung aber auf den jeweiligen *inländischen* Kapitalmarkt beschränkt ist (Art. 3 Prospekttrichtlinie 2003/71/EG; s.a. § 3 des deutschen Prospekttrichtlinien-Umsetzungsgesetzes v. 22.06.2005, BGBl. I 2005, S. 1698). Sie können somit nicht im Ausland und auch nicht bei einer etwaigen Emission in der Schweiz gelten. Vgl. KONDOROSY, 20, für die Rechtslage in den USA, wo die Prospektpflichten ebenfalls kapitalmarktrechtlich geregelt sind und nicht zur Anwendung kommen, wenn das Anbieten und der Verkauf der Wertpapiere ausserhalb der USA erfolgen.

<sup>787</sup> Die Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktkommunikation ist in allen Rechtsordnungen dem Grunde nach bekannt. Siehe die rechtsvergleichenden Studien in HOPT/VOIGT, Kapitalmarktinformationshaftung, *passim*, über die einzelnen EU-Mitgliedstaaten sowie die USA und die Schweiz.

geschlossen werden.<sup>788</sup> Die Information der Anleger sei Voraussetzung für das Funktionieren des Kapitalmarkts,<sup>789</sup> sodass der Emissionsprospekt einem überindividuellen Gemeininteresse diene und deshalb auch für ausländische Gesellschaften gelten müsse.<sup>790</sup>

In der Tat kann die erwähnte Lücke im Anlegerschutz *prima facie* nur schwer durch andere Rechtsinstitute geschlossen werden. Die Anwendung der allgemeinen Haftungsvorschriften der Art. 41 ff. OR ist zwar prinzipiell denkbar, setzt jedoch eine *widerrechtliche* Schadenszuführung voraus. Gerade bei Abwesenheit einer Prospektpflicht ist dies unwahrscheinlich.<sup>791</sup> Auch ein Verstoss gegen das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) kann bei einer öffentlichen Emission ohne Prospekt nicht angenommen werden, da keine besondere Rechtsbeziehung zwischen Emittent und Anleger vorliegt. Selbst vorvertragliche Aufklärungspflichten scheinen aus demselben Grund ausgeschlossen, da die *culpa in contrahendo*-Haftung die Verletzung von *Treuepflichten* sanktioniert,<sup>792</sup> die gerade bei einem öffentlichen Angebot ohne beschränktem Adressatenkreis nicht vorliegen: Das Angebot richtet sich nicht an persönlich bekannte Geschäftspartner, denen gegenüber eine derartige Treuepflicht zu bejahen wäre. Die Selbstbeschränkung etwaiger ausländi-

<sup>788</sup> KONDOROSY, 256, 260, 264: Prospektpflicht- und Prospekthaftungsnormen haben Ordre public-Charakter; ähnlich SCHNYDER/BOPP, 399.

<sup>789</sup> Vgl. Prospektrichtlinie 2003/71/EG, E. 18: «Darüber hinaus stellen diese Informationen ein wirksames Mittel dar, um das Vertrauen in die Wertpapiere zu erhöhen und so zur reibungslosen Funktionsweise und zur Entwicklung der Wertpapiermärkte beizutragen.»

<sup>790</sup> Dies ist auch im amerikanischen Sarbanes Oxley-Act so vorgesehen. Der Sarbanes Oxley-Act schreibt zwingende, strafrechtlich bewehrte Kapitalmarktnormen vor. Diese gelten für alle Gesellschaften, deren Aktien an einer der grossen amerikanischen Börsen notiert sind oder die Wertpapiere ausserhalb einer US-Börse auf dem amerikanischen Heimmarkt öffentlich anbieten. Prinzipiell sind alle – inländische sowie ausländische – Emittenten betroffen (SPAHLINGER/WEGEN-CARL, Rz. 162 ff.).

<sup>791</sup> KONDOROSY, 153; eine Haftung wäre jedoch allenfalls bei der Publikation freiwilliger Informationen denkbar, da hier Art. 752 OR greifen kann (vgl. Art. 156 IPRG), so dass der Tatbestand der irreführenden Information erfüllt wäre.

<sup>792</sup> GAUCH et al., 209 Rz. 982b.



scher Prospektvorschriften auf den Heimmarkt<sup>793</sup> verbietet zudem ihre Berücksichtigung im Ausland.<sup>794</sup>

Nachfolgend ist zu überprüfen, ob im Anlegerschutz tatsächlich eine Lücke besteht. Die Feststellung eines überindividuellen Gemeininteresses reicht gemäss der hier vertretenen Auffassung in der Tat noch nicht dazu aus, die entsprechenden Vorschriften als Eingriffsrecht zu qualifizieren.

#### **E) Theoretische Schutzlücke ohne praktische Relevanz**

In der Praxis kommt es selten vor, dass ausländische Aktien in der Schweiz zwar öffentlich gezeichnet, nicht aber an der Börse geführt werden.<sup>795</sup> Der Weg über die Börse stellt in der Tat eine erhebliche Erleichterung bei der Kontaktaufnahme mit potentiellen Investoren dar, so dass kaum ein Interesse daran bestehen dürfte, nur den Primärmarkt zu beanspruchen. Somit kommt in der Regel automatisch auch die weitreichende Kotierungsprospektpflicht des Kotierungsreglements zur Anwendung, was eine mögliche Schutzlücke gar nicht erst auftreten lässt. Nicht zuletzt führt verbesserte Information zu niedrigeren Kapitalkosten<sup>796</sup> und wird dementsprechend auch auf freiwilliger Basis vorgenommen.<sup>797</sup> Kein Anleger wird bereit sein, einem ausländischen Unternehmen ohne jegliche Information Kapital zur Verfügung zu stellen.

#### **F) Dispositives Eingriffsrecht?**

Das IPRG hat auf die Gefahr der potentiellen Lücke im Anlegerschutz dennoch Rücksicht genommen und sieht mit Art. 156 IPRG im Interesse der Personen, die aufgrund öffentlicher Kundgebungen Beteiligungspapiere erwerben oder Anleihen zeichnen, eine Sonderanknüpfung in Form eines Wahlrechts zugunsten der Geschädigten vor. Dies führt dazu, dass ausländische Gesellschaften die inländischen Anforderungen des Emissionsprospekts erfüllen müssen, um sich nicht entsprechenden Ansprüchen

<sup>793</sup> Siehe Anm. 786 auf S. 173.

<sup>794</sup> Vgl. den Wortlaut des Art. 19 Abs. 1 IPRG (Hervorhebung hinzugefügt): «Anstelle des Rechts, das durch dieses Gesetz bezeichnet wird, kann die Bestimmung eines andern Rechts, die zwingend angewandt sein *will*, berücksichtigt werden [...]»

<sup>795</sup> KOWALEWSKI, 1013.

<sup>796</sup> Vgl. BOTOSAN, *Equity Capital*, *passim*: Je besser die Information über ein Unternehmen ist, desto eher sind Anleger zur Investition bereit.

<sup>797</sup> Siehe z.B. die SBV-Richtlinie zu Notes ausländischer Schuldner.

aus öffentlicher Ausgabe von Beteiligungspapieren und Anleihen aufgrund von Bekanntmachungen gem. inländischem Recht auszusetzen. Diese Anknüpfung rechtfertigt sich gem. den Materialien aus der Natur der Schutz- und Publizitätsvorschriften des Ausgabestaats, «welchen oft Ordre-public-Charakter zukomm[e].»<sup>798</sup>

Die internationalprivatrechtliche Einordnung der sonderanknüpfungsbedingten Anwendung inländischer Prospektvorschriften über Art. 156 IPRG auf ausländische Gesellschaften wirft Fragen auf. Das IPRG geht primär von der Anwendung des – gegebenenfalls ausländischen – Gesellschaftsstatuts aus.<sup>799</sup> Werden die inländischen Prospektvorschriften als zwingende Normen im Sinne des Art. 18 IPRG angesehen,<sup>800</sup> so würde dies zu *eingriffsrechtlichen Bestimmungen* führen, deren Anwendung gem. Art. 156 IPRG *vom Parteiwillen abhängt*.<sup>801</sup> Dies wäre aber gem. h.L. und Rechtsprechung mit dem Prinzip der Eingriffsnormen nicht vereinbar.<sup>802</sup> Unter Eingriffsnormen werden Bestimmungen verstanden, die «stets unbedingt befolgt werden» müssen,<sup>803</sup> dem öffentlichen Recht zumindest nahestehen, und deren Durchsetzung auch gegenüber an sich anwendbarem ausländischem Recht im öffentlichen Interesse steht.<sup>804</sup> Derartige Normen dürfen aber nicht zur Disposition der Parteien stehen. Vorliegend wird deshalb die Auffassung vertreten, dass sich Prospektvorschriften im schweizerischen Recht nicht als Eingriffsnormen bezeichnen lassen, da ihre Anwendung ohnehin nicht über Art. 18 IPRG erfolgt.

Bei der Emissionsprospektpflicht handelt es sich zwar durchaus um eine Bestimmung, die gegebenenfalls *unabhängig* vom auf die Gesellschaft anwendbaren Recht gilt: Dann nämlich, wenn ein Anleger die entsprechende Wahl gemäss Art. 156 IPRG trifft. Diese vom Gesellschaftsstatut unabhängige Anwendung erfolgt jedoch nicht aufgrund eines besonde-

<sup>798</sup> Botschaft IPRG, BBl **1983** I 263, S. 443.

<sup>799</sup> Botschaft IPRG, BBl **1983** I 263, S. 443.

<sup>800</sup> So ZK-VISCHER, Art. 156 IPRG N 10; SCHNYDER/BOPP, 399.

<sup>801</sup> Vgl. ZK-VISCHER, Art. 156 IPRG N 5: Die Rechtswahl des Art. 156 IPRG gelte auch für die Haftung aus dem Börseneinführungsprospekt.

<sup>802</sup> Vgl. BGE 128 III 201 E. 1.b S. 206: Kommt eine Eingriffsnorm nicht immer zur Anwendung, stünde dies «im Widerspruch dazu, dass die unmittelbar anwendbare Norm des schweizerischen Rechts einen eigenen räumlichen Anwendungsbereich hat und die allgemeine Kollisionsregel ausschaltet».

<sup>803</sup> ZK-VISCHER, Art. 18 IPRG N 1.

<sup>804</sup> ZK-VISCHER, Art. 18 IPRG N 2.

ren Zwecks der Bestimmung im Sinne des Art. 18 IPRG, sondern eben aufgrund der Sonderanknüpfung des Art. 156 IPRG, die dem Anleger ein Wahlrecht eröffnet. Eine Sonderanknüpfung ist nichts anderes als eine noch relativ neue, ungewohnte Verweisregel, die aufgrund ihrer Neuartigkeit noch nicht als Regelverweis wahrgenommen wird.<sup>805</sup>

### G) Keine Lücke im Anlegerschutz

Im Ergebnis ergibt sich somit trotz der Regelungslücke des Art. 652a OR, der *prima facie* nicht direkt auf Gesellschaften mit Sitz im Ausland anwendbar ist, keine Schutzlücke. Entweder ist das schutzwürdige Vertrauen des Anlegers durch die indirekte Sonderanknüpfung der Emissionsprospektpflichten ohnehin bereits haftungsbewehrt, oder es liegt im Gegenteil gar kein schutzwürdiges Vertrauen des Anlegers in die zirkulierenden Informationen vor. Eine international zwingende Anwendung der Emissionsprospektvorschriften i.S.d. Art. 18 IPRG erscheint somit nicht notwendig.

Aus den Materialien zum BEHG ist zudem ersichtlich, dass auf dem Primärmarkt, abgesehen von den Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 652a ff. OR), kein zusätzlicher Regelungsbedarf betreffend die Prospektpflicht gesehen wird. Falls der Anlegerschutz zur Anpassung an das EG-Recht verstärkt werden müsse, solle dies in einem separaten Gesetz geschehen.<sup>806</sup> Im Rahmen der Revision des Obligationenrechts von 2007<sup>807</sup> wurde jedoch keine Erweiterung des Art. 652a OR vorgesehen. Im Gegenteil: Das BEHG weist explizit darauf hin, dass «die entsprechenden [Prospekt-]Vorschriften des OR nur zum Teil oder gar nicht auf Emissionen, die von Ausländern in der Schweiz getätigt werden, anwendbar [sind]»,<sup>808</sup> verzichtet jedoch auf eine Anpassung der entspre-

<sup>805</sup> Vgl. KAHN, 251, welcher bei Sonderanknüpfungen im Sinne von Eingriffsnormen bzw. lois d'ordre public vom «noch unfertigen Teil des IPR» spricht. Auch die Abgrenzung der Regeln des Ehegüterrechts (Art. 52 IPRG) von den Wirkungen der Ehe im Allgemeinen (Art. 48 IPRG) sind auf eine gewisse Art «Sonderanknüpfungen», die jedoch bereits über eine lange Tradition verfügen und deshalb nicht mehr als Sonderanknüpfungen, sondern als Regelverweise angesehen werden.

<sup>806</sup> Botschaft BEHG, BBl 1993 I 1369, S. 1379.

<sup>807</sup> E-OR (2007), BBl 2008 1751, S. 1756 und Botschaft Rechnungslegungsrecht, BBl 2008 1589, S. 1644.

<sup>808</sup> Botschaft BEHG, BBl 1993 I 1369, S. 1384.

chenden Regelungen.<sup>809</sup> Falls eine Verschärfung der Bestimmungen z.B. im Hinblick auf die EG-Kompatibilität notwendig werde, müsse dies durch eine Revision des OR oder in einem Spezialerlass geschehen<sup>810</sup> – ein Hinweis an die Gerichte, dass die Entscheidung über die Anwendung dieser Bestimmungen auf ausländische Gesellschaften dem Gesetzgeber vorbehalten ist,<sup>811</sup> und dass der Gesetzgeber keine Schutzlücke sieht, die es zu schliessen gäbe.

Die Anwendung der inländischen Emissionsprospektvorschriften als international zwingende Vorschriften i.S.d. Art. 18 IPRG ist somit abzulehnen.

### 3. Sekundärmarkt

Der Sekundärmarkt besteht aus dem organisierten Kapitalmarkt, zu dem beispielsweise die Börse gehört, sowie dem nicht organisierten Handel. Kriterium für die Differenzierung zwischen organisiertem und nicht organisiertem Kapitalmarkt ist die staatliche Aufsicht, welche für einheitliche Konditionen und allgemeine Zugänglichkeit sorgt.

Auf dem nicht organisierten Kapitalmarkt findet der Wertschriftenhandel *ohne staatliche Aufsicht* statt. Die börsenrechtlichen Prospektspflichten gelten dort nicht, was Raum lässt für potentielle Lücken im Anlegerschutz. Wer sich aber auf dem nicht organisierten, «offenen» Markt bewegt, verzichtet *bewusst* auf die Schutzinstrumente, die ihm das Börsenrecht zur Verfügung stellen würde. Er ist deshalb nicht weiter in seinem Vertrauen auf die dort zirkulierenden Informationen zu schützen.<sup>812</sup> Es besteht somit keine Lücke im Anlegerschutz auf dem offenen Sekundärmarkt. Anders verhält es sich hingegen auf dem organisierten Kapitalmarkt.

Auf dem organisierten Kapitalmarkt sind es meist die Anleger selbst, die handelbare Wertpapiere öffentlich untereinander veräussern. Das Informationsbedürfnis der Anleger ist nicht punktuell auf den Zeitpunkt der Kaufentscheidung begrenzt, sondern erstreckt sich auf die gesamte Dauer

<sup>809</sup> Botschaft BEHG, BBl **1993** I 1369, S. 1376.

<sup>810</sup> Botschaft BEHG, BBl **1993** I 1369, S. 1386.

<sup>811</sup> Vgl. die Situation in der Daily Mail-Entscheidung des EuGH, Urt. v. 27.09.1988 (Rs. C-81/87) – *Daily Mail*, Slg. 1988, 5483: Der Gerichtshof wies darauf hin, dass eine Entscheidung über die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften dem Gesetzgeber vorbehalten sei.

<sup>812</sup> Auf dem offenen Markt sind ausschliesslich qualifizierte Anleger vertreten.

des Wertpapierbesitzes.<sup>813</sup> Auch potentielle Anleger müssen geschützt werden, was eine permanente Information bedingt.<sup>814</sup> Auf dem organisierten Sekundärmarkt ist die staatliche Aufsicht für einen effektiven Anlegerschutz absolut notwendig, da über diese Plattform ein grosses Publikum angesprochen wird und grosse Geldmengen im Spiel sind.

Voraussetzung für das Funktionieren des Sekundärmarkts ist die umfassende und verlässliche Information über Wertpapiere und Emittenten. Nur wenn gewisse Minimalanforderungen betreffend die formelle und inhaltliche Präsentation der Prospektangaben eingehalten werden, ist es dem Anleger möglich, sich innerhalb der kurzen Zeit, die für die Investitionsentscheidung zur Verfügung steht, einen ausreichenden Wissensstand über Wertpapiere und ihre potentiellen Risiken anzueignen. Entscheidend ist deshalb, dass für alle Wertpapiere dieselben Informationen in demselben Format vorliegen, d.h. dass an *einem* Börsenort auch *einheitliche* Standards zur Anwendung gelangen. Die erfolgreiche, optimale Allokation der verfügbaren Gelder zu den Wertpapieren setzt eine gleichmässige, einheitliche und vergleichbare Information voraus.<sup>815</sup> Nachfolgend ist zu prüfen, wie der Anlegerschutz auf dem organisierten Sekundärmarkt gewährleistet wird.

#### **A) Anlegerschutzvorschriften des Sekundärmarkts**

Der Zugang zur Börse ist gewissen Bedingungen unterworfen, die sicherstellen, dass sich die Anleger über die tatsächliche wirtschaftliche Situation des Emittenten und die Qualität der Papiere informieren können (Art. 1 KR). Die Börse legt fest, welche Informationen bei einer Inanspruchnahme des inländischen Börsenplatzes zu veröffentlichen sind (Art. 8 BEHG).

**a) Kotierungsprospekt** Zentrales Element der börsenbezogenen Informationsvorschriften ist der Kotierungsprospekt. Im Hinblick auf die Kotierung haben Emittenten einen Kotierungsprospekt zu veröffentlichen, welcher diejenigen Angaben enthält, die nötig sind, um den sachkundigen Anlegern ein begründetes Urteil über die Vermögens-, Finanz- und

<sup>813</sup> KONDOROSY, 47.

<sup>814</sup> Botschaft BEHG, BBl 1993 I 1369, S. 1381 f.

<sup>815</sup> Zur Bedeutung der Information auf dem Kapitalmarkt s. PETER, *passim*.

Ertragslage, die Entwicklungsaussichten des Emittenten sowie über die mit dem Wertpapier verbundenen Rechte zu gestatten (Art. 27 KR). Ein Prospekt enthält somit die für den Anleger und seine Investitionsentscheidung unabdingbaren Informationen. Aus Sicht des Unternehmens ist er das Mittel zur Werbung von Drittpersonen für den Erwerb von Wertpapieren,<sup>816</sup> sowie aus kapitalmarktrechtlicher Sicht die Voraussetzung für eine effiziente Allokation der Gelder. Es besteht eine genaue Regulierung, damit genügend Informationen zur Verfügung gestellt werden und kein geschöntes Bild der Wertpapiere generiert wird.<sup>817</sup>

Der Prospekt muss Informationen über das Wertpapier, über den Emittenten und dessen Jahresabschlüsse und ihre Prüfung, sowie über die für den Inhalt des Prospekts verantwortlichen Personen enthalten,<sup>818</sup> und spätestens am Tag der Kotierung (Art. 31 KR) entweder in Zeitungen veröffentlicht oder allen interessierten Personen kostenlos zur Verfügung gestellt werden (Art. 30 KR). Die verschiedenen Prospektschemata sehen detaillierte Vorschriften beispielsweise für Beteiligungsrechte, Anleihen und Derivate vor,<sup>819</sup> welche unter anderem zur Offenlegung der Kapitalstruktur<sup>820</sup> oder der mit den Wertpapieren verbundenen Rechte<sup>821</sup> verpflichten.

Die Informationspflichten der Emittenten werden bei Zuwiderhandlungen durch verschiedene Massnahmen sanktioniert. Zu den aufsichtsrechtlichen Sanktionen der Börse (Art. 59 ff. KR), welche beispielsweise bei falschen oder irreführenden Prospektangaben sowie bei der Verletzung der Informationspflichten zu Bussen bis zu 10 Mio. CHF oder der Streichung der Kotierung führen können, kommen strafrechtliche Vorschriften (Art. 152 StGB; Art. 325 Abs. 1 StGB). Auch die zivilrechtliche Prospekthaftung ermöglicht einen gewissen Schutz: Sie greift dann, wenn zwischen

<sup>816</sup> BGE 112 II 258 E. 3a S. 260.

<sup>817</sup> Siehe die verschiedenen SIX-Prospektschemata über Beteiligungsrechte, Anleihen, Derivate, Immobiliengesellschaften, Hinterlegungsscheine und Standard-Optionen. Bei allen Schemata handelt es sich jeweils um Abweichungen von den Grundregeln, welche im Kotierungsreglement festgelegt sind (Art. 27 ff. KR), so dass im Nachfolgenden nicht näher auf die spezifischen Abweichungen eingegangen wird.

<sup>818</sup> Art. 28 KR mit Verweis auf das Schema A.

<sup>819</sup> Vgl. die Prospektschemata der SIX.

<sup>820</sup> Ziff. 2.5.1 Schema A — Beteiligungsrechte.

<sup>821</sup> Ziff. 3.5 Schema A — Beteiligungsrechte.

der Information des Unternehmers und der Investitionsentscheidung des Anlegers ein Kausalzusammenhang besteht.<sup>822</sup>

**b) Permanente Informationspflichten** Zwischen der Erstausgabe, welche von einem Prospekt begleitet wird,<sup>823</sup> und den einzelnen Handelsvorgängen (Verkäufen) können mitunter Jahre liegen. Um eine objektive Preisbildung zu garantieren, welche die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens berücksichtigt, und so das Funktionieren des Kapitalmarkts zu gewährleisten, bedarf es fortdauernder Information über das Unternehmen. Das Kotierungsreglement sieht deshalb in Art. 49 ff. rechtsformübergreifende Bedingungen für die Aufrechterhaltung der Kotierung vor. Zweck dieser Vorschriften ist der Anleger- sowie der Funktionsschutz.<sup>824</sup>

Jährlich sind etwa der Jahresbericht und die von Revisoren geprüfte Jahresrechnung zu veröffentlichen, sowie ein halbjährlicher Zwischenbericht (Art. 49 f. KR). Der Emittent muss den Markt über Tatsachen informieren, die in seinem Tätigkeitsbereich eingetreten und nicht öffentlich bekannt sind, wohl aber dazu geeignet, zu einer erheblichen Änderung der Kurse zu führen.<sup>825</sup>

<sup>822</sup> BGE 132 III 715 E. 2.1 S. 718. In der Literatur ist zwar umstritten, auf welche Vorschriften sich diese zivilrechtliche Kotierungsprospekthaftung konkret stützt: Während mehrheitlich eine direkte (KONDOROSY, 155) oder analoge (RIMLE, 240) Anwendung von Art. 752 OR vorgeschlagen wird (so auch WATTER/DUBS, 1309; ROBERTO/WEGMANN, 164; BAUEN/BERNET, 322 Rz. 881), stellen andere Autoren und auch das Bundesgericht für die Prospekthaftung gelegentlich auf die Deliktshaftung aus Art. 41 OR, die Vertrauenshaftung im Sinne der *culpa in contrahendo* (BGE 120 II 331) oder Art. 754 OR ab (vgl. die Nachweise bei KOWALEWSKI, 1043). Im Ergebnis führt dies jedoch in allen Fällen zu einer Haftung, wie sie in Art. 752 OR vorgesehen ist. Es besteht weitgehend Einigkeit, dass die Vorschriften des Kotierungsreglements auch zivilrechtlich haftungsbewehrt sein müssen (vgl. KOWALEWSKI, 1023). Da die Prospekthaftung des Art. 752 OR *alle* Informationen schützt, die Investoren zum Erwerb von Wertpapieren veranlassen (BAUEN/BERNET, 192 Rz. 552; KONDOROSY, 155; BSK OR II–WATTER/NOTH, Art. 752 N 5), gilt sie auch bei Erstellung eines Prospekts gem. Kotierungsreglement.

<sup>823</sup> Siehe a) auf S. 179.

<sup>824</sup> Vgl. Art. 1 BEHG; s.a. MARTINEZ, 290.

<sup>825</sup> Dazu gehört beispielsweise die Offenlegung von Transaktionen der Mitglieder des Managements (Art. 56 KR), welche über Insider-Informationen verfügen und diese möglicherweise durch entsprechende Geschäftsabschlüsse zum Nachteil der anderen Anleger ausnutzen. Des Weiteren wird die Zulassung von Beteiligungspapieren

**c) Revisionspflicht** Anleger sind die Geldgeber einer Gesellschaft. Ihr Status als Anleger ermöglicht ihnen jedoch grundsätzlich kein Recht auf Einsicht in die Bücher der Gesellschaft, der sie ihr Geld anvertraut haben. Selbst Anleger, die gleichzeitig Gesellschafter sind, haben nur ein beschränktes Einsichtsrecht (Art. 697 OR) und verfügen auch nur in Ausnahmefällen über die notwendige Zeit sowie das erforderliche Fachwissen, um die Zahlen der Jahresrechnung in ihrer wahren Tragweite zu verstehen. Diese informationell bedingte Lücke im Anlegerschutz wird durch die Revisionspflicht geschlossen (Art. 727 ff. OR; Art. 13 f. KR).

Schweizerische Kapitalgesellschaften sowie alle an der Börse kotierten Unternehmen sind dazu verpflichtet, ihre Rechnungslegung durch anerkannte Revisoren überprüfen und genehmigen zu lassen. Jeder Emittent, der an der SIX Swiss Exchange kotiert ist, muss ein Revisionsorgan bestellen, welches in seinem Bericht zuhanden der Generalversammlung zu bestätigen hat, dass die Rechnungslegung des Emittenten ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage in Übereinstimmung mit den angewandten Rechnungsvorschriften vermittelt (Art. 13 KR).

**d) Angebots- und Meldepflichten** Das Börsengesetz sieht weitere Vorschriften zum Schutz der Anleger vor.<sup>826</sup> Wer Beteiligungspapiere einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, die mindestens teilweise in der Schweiz kotiert sind, erwirbt oder veräussert und dadurch gewisse Stimmrechtsgrenzwerte erreicht, unter- oder überschreitet, muss dies der Gesellschaft und den Börsen, an denen die Beteiligungspapiere kotiert sind, melden (Art. 22 BEHG). Wird ein Grenzwert von  $33 \frac{1}{3} \%$  der Stimmrechte einer Zielgesellschaft überschritten, muss zudem ein Angebot für alle kotierten Beteiligungspapiere der Gesellschaft unterbreitet werden (Art. 32 BEHG).

Gemäss Wortlaut des Gesetzes sind diese Verhaltensvorschriften aber auf «schweizerische Gesellschaften» (Art. 22 BEHG) bzw. auf Gesell-

und Anleiensobligationen an der Börse davon abhängig gemacht, ob gewisse Vorschriften betreffend die Qualität und Unabhängigkeit der Revisoren eingehalten wurden (Art. 7 RAG i.V.m. Art. 8 BEHG). Weitere börsenrechtliche Vorschriften betreffen die Offenlegung von Beteiligungen sowie die Pflicht zur Erstellung eines öffentlichen Kaufangebotes (Art. 20 ff. BEHG).

<sup>826</sup> Vgl. Botschaft BEHG, BBl 1993 I 1369, S. 1389.



schaften «mit Sitz in der Schweiz» (Art. 20 BEHG) beschränkt, deren Beteiligungsrechte mindestens teilweise in der Schweiz kotiert sind. Sind Gesellschaften mit statutarischem Sitz im Ausland betroffen, stellt sich die Frage, ob diese Vorschriften ebenfalls beachtet werden müssen. Hier könnte eine mögliche Lücke im Anlegerschutz bestehen.<sup>827</sup>

## **B) Kapitalmarktrechtliche Irrelevanz des Gesellschaftsstatuts**

**a) Emissionsort als Anknüpfungskriterium** Das Kotierungsreglement der SIX Swiss Exchange, in welchem die Informationsvorschriften des organisierten Sekundärmarkts vorgeschrieben sind, knüpft an die Zulassung von Effekten zum amtlichen Handel an der Börse in der Schweiz an, d.h. an den Ort der *Kotierung*,<sup>828</sup> und nicht an das jeweilige Gesellschaftsstatut der Emittenten. Letzteres würde gerade bei ausländischen Rechtsformen Abweichungen in der Präsentation der Informationen mit sich bringen und im Ergebnis die Vergleichbarkeit der Angebote erschweren.

**b) Börsengang als gesellschaftsrechtsfremder Sachverhalt** Die Börsenkotierung ist kein gesellschaftsrechtlicher Akt. Zwar bestehen zwischen dem Gesellschaftsrecht und der Börsenkotierung viele Schnittpunkte.<sup>829</sup> Die börsenrechtlichen Kotierungsvoraussetzungen stellen beispielsweise auf gesellschaftsrechtliche Anforderungen wie etwa die Veröffentlichung der Jahresabschlüsse ab, welche gemäss den Rechnungslegungsvorschriften des Gesellschaftsstatuts zu berechnen sind (Art. 12 KR). Zudem entspricht die Ausgabe von Wertpapieren an der Börse der Aufnahme neuer Gesellschafter, was zu den internen Beziehungen der Gesellschaft gehört und somit einen Bezug zum Gesellschaftsrecht aufweist (Art. 155 IPRG). Auch die Revision, grundsätzlich rein gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren,<sup>830</sup> wird durch den Börsengang beeinflusst, zumal die Emittenten ein am Börsenort staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen als Revisionsorgan wählen müssen (Art. 13 KR; Art. 7 f. RAG).

<sup>827</sup> Siehe dazu c) auf S. 185.

<sup>828</sup> Siehe dazu b).

<sup>829</sup> ZIMMER, IntGesR, 40 ff.

<sup>830</sup> Vgl. Art. 727 ff. OR, welche sich auf die Revision *schweizerischer* Gesellschaften beschränken, was sich aus der systematischen Stellung der Vorschriften ergibt.

Dennoch handelt es sich bei der Kotierung um einen selbstständig zu qualifizierenden Akt, der nicht an das Gesellschaftsstatut anzuknüpfen ist. Mit der Haftungsbewehrtheit der Informationsdelikte wird nicht das Gesellschafts- oder das Investitionsvermögen geschützt, sondern das Vertrauen der Investoren in die auf dem Kapitalmarkt zirkulierenden Informationen.<sup>831</sup> Die Kotierungsregeln knüpfen deshalb an den Ort der Kotierung an und gelten *unabhängig* vom (gegebenenfalls ausländischen) Gesellschaftsstatut.<sup>832</sup>

Der Gesetzgeber hat im Internationalen Gesellschaftsrecht aus *Gläubigerschutzgründen* auf die Inkorporationstheorie abgestellt.<sup>833</sup> Wo es nicht um diesen Aspekt des Gläubigerschutzes geht, sondern eben um den *Anlegerschutz*, liegt es deshalb auch nahe, andere Anknüpfungspunkte – etwa den Kotierungsort – heranzuziehen, um den Sachverhalt derjenigen Rechtsordnung zuzuweisen, zu welcher er den engsten Bezug aufweist. Anders als im «reinen» Gesellschaftsrecht kann und darf die faktische Rechtswahl der Gründer auf dem Kapitalmarkt keine Rolle spielen.

**c) Der Kapitalmarkt als nationaler Sachverhalt mit öffentlichrechtlicher Regelung** Der Anwendungsbereich des IPRG ist auf internationale<sup>834</sup> und privatrechtliche<sup>835</sup> Sachverhalte beschränkt (Art. 1 Abs. 1 IPRG). Dies ist in Bezug auf Eingriffsnormen von Bedeutung. Als Eingriffsnormen vorbehalten bleiben nämlich nur die Bestimmungen des schweizerischen Rechts, die *unabhängig von dem durch das IPRG bezeichneten Recht* zwingend anzuwenden sind (Art. 18 IPRG). Liegt kein internationaler Sachverhalt vor, oder handelt es sich nicht um einen privatrechtlichen Sachverhalt, erfolgt keine Anwendung *unabhängig von dem verwiesenen Recht*: Der Anwendungsbereich des IPRG ist vielmehr gar nicht eröffnet (Art. 1 IPRG), so dass auch gar nicht erst auf ein Recht verwiesen wird.

<sup>831</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, 2023 Rz. 16; MüKo Bd. 11–SCHNYDER, IntKapMarktR Rz. 18.

<sup>832</sup> MüKo Bd. 11–SCHNYDER, IntKapMarktR Rz. 49.

<sup>833</sup> Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 441 f.

<sup>834</sup> Das Bundesgesetz über das *Internationale Privatrecht* regelt nur Sachverhalte, die in ihrem Tatbestand ein über den schweizerischen Rechtsraum hinausreichendes Element aufweisen (ZK–VOLKEN, Art. 1 N 10; Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, S. 296).

<sup>835</sup> Siehe 1. auf S. 37.

Kollisionsrechtlich gesprochen handelt es sich beim Kapitalmarkt nicht um einen internationalen Sachverhalt.<sup>836</sup> Bei Anleihensobligationen z.B., die rechtsformübergreifend nur auf Grund eines Prospekts öffentlich zur Zeichnung aufgelegt oder an der Börse eingeführt werden dürfen (Art. 1156 OR), gilt die Prospektpflicht zwar *unabhängig* vom gegebenenfalls ausländischen Gesellschaftsstatut, aber nicht unabhängig vom *verwiesenen Recht*. Aus Sicht des Gesetzgebers spielt hier das Recht, nach dem eine Gesellschaft organisiert ist, schlichtweg keine Rolle. International relevant ist lediglich, ob die Anleihensobligationen in der Schweiz oder im Ausland öffentlich zur Zeichnung aufgelegt werden; das Gesellschaftsstatut hingegen ist unbedeutend.

Der protektionistische, überindividuelle Gesetzeszweck des Kapitalmarktrechts hatte die ehemalige Übernahmekammer der Eidgenössischen Bankenkommission, welche seit der Reorganisation der Finanzmarktaufsicht in die FINMA eingegliedert ist, dazu gebracht, die Anwendung der Angebotspflicht auch auf in der Schweiz kotierte Gesellschaften mit statutarischem Sitz im Ausland auszudehnen, wenn sich der *operative, faktische Sitz* in der Schweiz befindet.<sup>837</sup> Ziel dieser autonomen Auslegung des Anknüpfungskriteriums «Gesellschaftssitz» bzw. «schweizerisch» ist es, zu verhindern, dass Gesellschaften mit in der Schweiz liegenden wirtschaftlich bedeutenden Beteiligungen «ausgehöhlt» werden. Dies kann nur dann erreicht werden, wenn die Anwendung der Schutzvorschriften nicht durch rein subjektive Elemente wie etwa den Inkorporationsort umgangen werden kann. «Eine Anknüpfung an die im Internationalen Privatrecht geltende Inkorporationstheorie (Art. 154 IPRG) wäre im vorliegenden Fall eine zu enge Sichtweise, [...] ungeachtet der Tatsache, dass Art. 22 Abs. 1 BEHG nicht explizit den Sitz einer Zielgesellschaft in der Schweiz verlangt.»<sup>838</sup>

<sup>836</sup> Die schweizerischen Übernahmevorschriften wurden beispielsweise im LVMH-Entscheid (EBK, Verf. v. 30.09.1999 i.S. LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton, Paris & TAG Heuer International SA, Luxemburg, SZW 2000, 69–84) auf eine luxemburgische Gesellschaft angewandt, da der statutarische Sitz der Gesellschaft in Bezug auf die konkrete Rechtsfrage völlig irrelevant war. Relevant war vielmehr, dass sich der tatsächliche Sitz der Gesellschaft in der Schweiz befand, so dass in Bezug auf die Übernahme ein Binnensachverhalt vorlag.

<sup>837</sup> EBK, Verf. v. 30.09.1999 i.S. LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton, Paris & TAG Heuer International SA, Luxemburg, SZW 2000, 69–84, S. 8 E. 3.b.aa.

<sup>838</sup> EBK, a.a.O., S. 7 f. E. 3.a. und 3.b.

Diese Überlegungen lassen sich auch auf die Meldepflicht übertragen, welche eng mit den öffentlichen Kaufangeboten verknüpft ist.<sup>839</sup> Zwar gilt die Meldepflicht nur «bezüglich Aktien einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz» (Art. 20 BEHG). Damit der Normzweck der Offenlegungspflicht – die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des schweizerischen Kapitalmarkts – gewährleistet werden kann, muss diese Vorschrift aber auch dann gelten, wenn eine Gesellschaft im Ausland inkorporiert ist, sofern ihr wirtschaftlicher Schwerpunkt in der Schweiz liegt, weshalb hier der Sitz nicht i.S.d. Inkorporationstheorie, sondern als Verwaltungssitz zu verstehen ist.

Der Schutzzweck der Angebotspflicht kann durch die spezifische, börsenrechtliche Auslegung des Tatbestandsmerkmals «schweizerische Gesellschaft» bzw. «Sitz in der Schweiz» sichergestellt werden. Eine Anwendung als Eingriffsrecht erscheint somit nicht als notwendig, da die Anwendung ohnehin als öffentliches Recht erfolgt.

### **C) Direkte Anwendung des Kapitalmarktrechts als öffentliches Recht**

Für den Kapitalmarkt und die dort präsenten Gesellschaften hat die öffentlichrechtliche Qualifizierung des Kapitalmarktrechts eine kollisionsrechtliche Konsequenz. Aufgrund des öffentlichrechtlichen, ordnungspolitischen Charakters<sup>840</sup> der kapitalmarktrechtlichen Kotierungsprospektpflicht<sup>841</sup> handelt es sich bei diesen Regeln um keine privatrechtlichen Vorschriften, deren Anwendbarkeit durch das IPRG bestimmt würde. Es handelt sich um Regeln, die an Tatbestandsmerkmale anknüpfen, bei denen es irrelevant ist, nach wessen Staates Recht die einzelnen juristischen Personen organisiert sind. Das Kapitalmarktrecht steht ausserhalb internationalprivatrechtlicher Anknüpfungsprinzipien<sup>842</sup> und kommt deshalb, sofern die vorausgesetzten Tatbestandselemente erfüllt sind, unabhängig vom Gesellschaftsstatut zur Anwendung,<sup>843</sup> ohne dass dies eine Anwendung als international zwingende Vorschrift i.S.d. Art. 18 IPRG voraussetzen würde.

<sup>839</sup> Botschaft BEHG, BBl **1993** I 1369, S. 1388.

<sup>840</sup> AB (N) **1994** 1065: Die kapitalmarktrechtliche Angebots- und Meldepflicht verfolgt zumindest teilweise öffentliche Schutzzwecke.

<sup>841</sup> CONTRATTO, 270.

<sup>842</sup> SCHNYDER, FS Böckli, 576.

<sup>843</sup> Siehe 1. auf S. 37.

#### 4. Eigener Ansatz

##### A) Ergebnisorientierte Anwendung der Kapitalmarktvorschriften

Viele inländische kapitalmarktrechtliche Vorschriften werden in der Lehre zum *Ordre public* gezählt.<sup>844</sup> Ihre Anwendung erfolgt jedoch nicht immer konsequent, sondern im Gegenteil nur dann, wenn auch ein tatsächliches Schutzbedürfnis besteht, d.h. wenn ihre Nicht-Anwendung zu einer Schutzlücke führen würde.

So sieht etwa das Kollektivanlagengesetz eine Prospektpflicht für jede offene kollektive Kapitalanlage vor (Art. 75 KAG), ermöglicht jedoch Ausnahmen und verzichtet auf die Prospektpflicht, wenn sich das Angebot ausschliesslich an qualifizierte Anleger richtet und der Schutzzweck des Gesetzes dadurch nicht beeinträchtigt wird (Art. 10 Abs. 5 lit. b KAG). Ähnlich gilt auch die Emissionsprospektpflicht für Aktien und Anleihen nur bei *öffentlichen* Ausgaben<sup>845</sup> und somit nur dann, wenn keine qualifizierte, das potentielle Informationsdefizit kompensierende Beziehung zwischen Emittent und Interessentenkreis vorliegt. Auch die Kotierungsprospektpflicht gilt nicht, wenn die Information des Adressatenkreises bereits sichergestellt ist, etwa durch gleichwertige Informationen, bereits vorab veröffentlichte Angaben, oder die Ausgabe einer sehr geringen Anzahl neuer Aktien eines bereits kotierten Unternehmens, über welches der Börsenkurs bereits ausreichende Informationen ermöglicht (Art. 33 f. KR). Gleich verhält es sich bei der Ausgabe von Wertpapieren an Arbeitnehmer des Emittenten (Art. 33 KR), da Arbeitnehmer in der Regel über «ihr» Unternehmen informiert sein dürften.

Das Abstellen auf den Normzweck führt dazu, dass Normen wie etwa die (Emissions-)Prospektpflicht, die von einem Teil der Lehre als Eingriffsnormen angesehen werden,<sup>846</sup> nicht immer auch als solche angewendet werden: Dann nämlich nicht, wenn im Einzelfall kein Schutzbedürfnis be-

<sup>844</sup> KONDOROSY, 256, 260, 264, spricht betreffend Prospektpflicht- und Prospekthaftungsnormen von Bestimmungen mit *Ordre-public*-Charakter und schlägt ihre Anwendung über Art. 18 IPRG vor; ähnlich SCHNYDER/BOPP, 399, die in Bezug auf die formelle und materielle Prospektpflicht ausdrücklich von einer gesonderten Anknüpfung i.S.v. Art. 18 IPRG sprechen.

<sup>845</sup> Art. 652a und 1156 OR.

<sup>846</sup> Siehe Anm. 844.

steht,<sup>847</sup> oder dieser Schutzzweck im Falle einer konsequenten Anwendung der Norm nicht erreicht würde.<sup>848</sup>

## B) Internationale Konzentration auf das Schutzbedürfnis

Die Beschränkung der Anwendung von Schutznormen auf jene Sachverhalte, bei denen ein tatsächliches Schutzbedürfnis besteht, lässt sich auch in den USA und den Mitgliedstaaten der EU erkennen. Die Anwendung inländischer Schutzvorschriften kommt in der EU in der Tat nur dann in Betracht, wenn das Gründungsrecht unerträgliche Schutzlücken offen lässt.<sup>849</sup> Auch in den USA wird von ausländischen Gesellschaften nicht die Beachtung *aller* eigenen, inländischen Vorschriften verlangt, sondern eine rechtsvergleichende Studie darüber gefordert, welche Regeln im Sitzland gelten, ob diese vergleichbare Schutzstandards gewähren, und ob sich die Gesellschaft auch daran hält.<sup>850</sup>

<sup>847</sup> Vgl. ZK-VISCHER, Art. 18 N 8 (Hervorhebung hinzugefügt): Die Durchsetzung der schweizerischen Normen müsse sich *im Einzelfall* zum Schutz legitimer inländischer Ordnungsinteressen als notwendig erweisen und sei nur soweit geboten, als es die Durchsetzung des Gesetzeszwecks notwendigerweise verlange.

<sup>848</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 3 AFG (1994), welcher ausländische Anlagefonds, deren Anteile in der Schweiz vertrieben wurden, unabhängig von ihrer rechtlichen Ausgestaltung den einschlägigen Bestimmungen des Anlagefondsgesetzes unterstellte. Diese Norm wurde von KONDOROSY als Eingriffsnorm bezeichnet (KONDOROSY, 56), die aber nicht immer anzuwenden sei, insbesondere dann nicht wenn das Gesellschaftsstatut für den Anleger vorteilhafter erscheint (vgl. KONDOROSY, 57: «Aus dem Zweck des Anlagefondsgesetzes kann kein Gesetzgebungswille abgeleitet werden, wonach die Sachnorm Vorrang vor der an sich berufenen *lex causae* genießt.»).

<sup>849</sup> Vgl. die zahlreichen Hinweise bei EGO, 133, Anm. 680; ähnlich FETSCH, 50, und SCHNYDER, FS Böckli, 578.

In den Ländern der Europäischen Union ist diese Konzentration auf das Schutzbedürfnis auf die Rechtsprechung des EuGH zurückzuführen. Unabhängig von jeder nationalen Theorie wird dort ausschliesslich auf die Auswirkungen der nationalen Regelungen auf die Wirtschaftsfreiheiten abgestellt. Jede Anwendung einer inländischen Vorschrift auf eine ausländische Gesellschaft muss dementsprechend anhand des Vier-Kriterien-Tests begründet werden: Die Anwendung muss Interessen des Gemeinwohls schützen, und geeignet, erforderlich sowie verhältnismässig erscheinen; s. C) auf S. 100.

<sup>850</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 Rz. 221.

### C) «Realpolitisches» Verständnis des Eingriffsrechts

Der Grund für die Entwicklung der Eingriffsnormen zu ergebnisorientierten Schutznormen, die auf das tatsächliche Schutzbedürfnis im Einzelfall abstellen, liegt in der Erfahrung, dass sich Vorschriften als kontraproduktiv erweisen können, wenn sie als Eingriffsnormen ohne Rücksicht auf das reelle Schutzbedürfnis konsequent und absolut angewendet werden.<sup>851</sup>

Ein gutes Beispiel hierfür bietet die gesetzliche Regelung der Kollektivanlagefonds. Die Anlagefondsgesetze von 1966 und 1994 verfolgten als alleinigen Zweck den Schutz der Anleger<sup>852</sup> und schrieben dementsprechend starre Prospektvorschriften vor.<sup>853</sup> Soweit ersichtlich waren keine Ausnahmen von der Prospektpflicht bzw. von der Pflicht zur Veröffentlichung des Fondsreglements zugelassen.<sup>854</sup>

Derartige konsequente, ausnahmslose Informationspflichten zugunsten der Anleger mögen angesichts der Bedeutung von Informationen auf dem Kapitalmarkt durchaus überzeugend erscheinen. Die Information der Anleger ist jedoch lediglich *einer* der Faktoren, die zum Funktionieren des Kapitalmarkts beitragen. Wird dieser Faktor überbewertet, so fällt der Markt zusammen, da kein Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage mehr besteht. Ein Zuviel an Anlegerinformation kann den Anlegern somit auch schaden. Die Information über eine rein potentielle Krise eines Unternehmens kann beispielsweise dazu führen, dass diese Krise umso wahrscheinlicher und heftiger eintritt, wenn die Anleger ihr Geld zurückziehen, so dass das Unternehmen seine Liquidität und die Anleger ihr Vermögen verlieren.<sup>855</sup>

Die strengen schweizerischen Anlagefondsvorschriften führten dazu, dass vermehrt ausländische Rechtsformen gewählt wurden. Wo dies nicht möglich war, wurde ganz einfach ein anderer, ausländischer Kapitalmarkt in Anspruch genommen, und die schweizerischen Anleger investierten ihr

<sup>851</sup> Vgl. diesbezüglich die Diskussionen betreffend die Art. 120 und 159 IPRG, insbesondere bei SCHNYDER, Anknüpfung, 379 ff., und DASSER, Ordre public, 41.

<sup>852</sup> Art. 1 AFG (1994): «Dieses Gesetz bezweckt den Schutz des Anlegers.»

<sup>853</sup> Botschaft KAG, BBl 2005 6395, S. 6401.

<sup>854</sup> Art. 50 AFG (1994); Art. 9 Abs. 2 AFG (1966).

<sup>855</sup> Vgl. auch VON DER CRONE/BILEK/HIRSCHLE, 3: Der positive Effekt von erweiterten Meldepflichten besteht im Abbau von Informationsasymmetrien. Auf der anderen Seite führen erweiterte Meldepflichten zu einer Beeinträchtigung des für das Funktionieren von Märkten unabdingbaren und damit auch volkswirtschaftlich wichtigen Anreizes zur Investition in die Analyse von Aktien und Unternehmen.

Geld in ausländische Anlagefonds ohne inländische Schutzvorschriften. Im Ergebnis vereitelten die Anlegerschutzvorschriften somit gar ihren Schutzzweck: Die schweizerischen Anleger konnten nicht mehr ihr Geld auf dem schweizerischen Kapitalmarkt sicher investieren, da die Anlagegesellschaften in die Nachbarländer, insbesondere nach Luxemburg, abwanderten.<sup>856</sup> Die Information der Anleger muss somit auf das Notwendige beschränkt sein und auch die Interessen der Emittenten mitberücksichtigen, um ihren Schutzzweck, den Anlegerschutz, zu erreichen.

Die Konzentration auf den Schutzzweck der Norm legt es nahe, bei jeder potentiellen Eingriffsnorm die Geeignetheit dieser Norm zum Erreichen ihres Schutzzwecks zu überprüfen.<sup>857</sup> Zwar hat ein Richter grundsätzlich nicht die Effizienz der Normen zu überprüfen, sondern sie anzuwenden. Rein theoretische Überlegungen können jedoch ohne die Kontrolle der tatsächlichen Geeignetheit einer Norm zu ungewollten Ergebnissen führen. Der Richter muss deshalb die Geeignetheit einer Norm, ihren Schutzzweck zu erfüllen, überprüfen, und zwar nicht theoretisch, sondern konkret auf den Einzelfall bezogen. Sonst liefe er Gefahr, den Kapitalmarkt zu schädigen, mit dem gut gemeinten Willen, ihn zu schützen.

#### **D) Eingriffsrechtliches Paradoxon**

Informationspflichten zulasten der Emittenten unterstützen bzw. sind Voraussetzung für den Kapitalmarkt. Dies gilt aber nur dann, wenn die Anwendung der Schutzvorschriften auf das Notwendige beschränkt wird. Werden sie «ohne Rücksicht auf das konkrete Ergebnis»<sup>858</sup> angewendet, unterstützen diese Vorschriften nicht mehr den Anlegerschutz oder den Kapitalmarkt und dienen auch nicht mehr einem überindividuellen Gemeininteresse.

Daraus ergibt sich eine widersprüchliche Situation: Damit eine Informationsvorschrift wie etwa die Prospektpflicht auch tatsächlich dem Schutz des Kapitalmarkts dient, darf sie nicht immer angewendet werden. Sie darf nur dann zur Anwendung kommen, wenn dies auch zum Schutz der Anleger notwendig ist, da sie ansonsten zu einer Überregulierung führt und letztendlich den Schutz der Anleger untergräbt. Die

<sup>856</sup> Botschaft KAG, BBl 2005 6395, S. 6401.

<sup>857</sup> Siehe b) auf S. 81.

<sup>858</sup> BGE 128 III 201 E. 1.b S. 205.



Prospektpflicht ist somit nur dann eine Norm, die ein «überindividuelles Gemeininteresse» – den Kapitalmarkt – schützt, wenn ihre Anwendung auf tatsächliche Schutzbedürfnisse beschränkt ist und sie *nicht immer* angewendet wird. In diesem Fall aber würde eine Vorschrift vorliegen, die zu den Eingriffsnormen gezählt wird,<sup>859</sup> und somit gem. h.L. auch *immer* zur Anwendung kommen müsste.

Dieses Paradoxon beruht darauf, dass der Schutzzweck einer Eingriffsnorm nach traditionellem Verständnis *abstrakt* analysiert wird und aufgrund dieses *abstrakten* Schutzzwecks die Norm zwingend anzuwenden ist, ohne dass auf die konkreten, tatsächlichen Auswirkungen der Norm Rücksicht genommen wird. Wie hiervor ausgeführt ist aber zu fordern, dass der Schutzzweck nicht abstrakt analysiert wird, sondern dass vielmehr auf den Einzelfall Bezug genommen und an einem konkreten Sachverhalt untersucht wird, ob eine Schutzlücke besteht. Diese Schutzlücke, und nicht der abstrakt analysierte Schutzzweck, muss ausschlaggebend sein für die Anwendung einer Bestimmung als international zwingende Vorschrift i.S.d. Art. 18 IPRG.

#### IV. Ergebnis

Wer Mitglied einer ausländischen Gesellschaft wird, akzeptiert durch seine freie Entscheidung auch das ausländische Gesellschaftsstatut. Eine Anwendung der inländischen Vorschriften zum Schutz der Gesellschafter als international zwingende Vorschriften ist nicht erforderlich, da die Gesellschafter die Möglichkeit haben, sich über den Status der ausländischen Gesellschaften zu informieren.<sup>860</sup>

Auch im Bereich des Anlegerschutzes auf dem Primärmarkt ist die Anwendung der inländischen Emissionsprospektvorschriften als international zwingende Vorschriften i.S.d. Art. 18 IPRG abzulehnen. Entweder ist das schutzwürdige Vertrauen des Anlegers durch die indirekte Sonderanknüpfung der Emissionsprospektpflichten (Art. 156 IPRG) bereits haftungsbewehrt, oder es liegt im Gegenteil gar kein schutzwürdiges Vertrauen des Anlegers in die zirkulierenden Informationen vor. Auf dem Sekundärmarkt steht das Kapitalmarktrecht ausserhalb internationalprivatrechtlicher Anknüpfungsprinzipien und kommt deshalb unabhängig

<sup>859</sup> Siehe Anm. 844 auf S. 187.

<sup>860</sup> Siehe 2. auf S. 168.

vom Gesellschaftsstatut zur Anwendung, ohne dass dies eine Anwendung als international zwingende Vorschrift i.S.d. Art. 18 IPRG voraussetzen würde.<sup>861</sup> Die Frage nach Eingriffsrecht stellt sich somit nicht.

Der Schutzzweck einer Vorschrift darf nicht abstrakt analysiert werden. Es muss vielmehr auf den Einzelfall Bezug genommen und an einem konkreten Sachverhalt untersucht werden, ob eine Schutzlücke besteht. Diese Schutzlücke, und nicht der abstrakt analysierte Schutzzweck, ist ausschlaggebend für die Anwendung einer Bestimmung als international zwingende Vorschrift i.S.d. Art. 18 IPRG.

<sup>861</sup> Siehe 3. auf S. 178.

## **Zusammenfassung**



## Grundlagen

Die Präsenz von ausländischen Gesellschaften im schweizerischen Rechtsverkehr wirft die Frage nach dem auf diese Gesellschaften anwendbaren Recht auf. Das IPRG verweist auf das am Ort der Inkorporation bzw. am Ort der Gründung der Gesellschaft geltende Recht (Inkorporationstheorie). Der Inkorporationsort kann von den Gesellschaftsgründern frei bestimmt werden. Dies eröffnet ihnen *de facto* eine Rechtswahl, die sich zum Nachteil all jener Personen auswirken kann, die mit der Gesellschaft in Kontakt treten.<sup>862</sup>

Das IPRG sieht verschiedene Möglichkeiten für die Beschränkung einer Rechtswahl vor,<sup>863</sup> sollte sich diese für Dritte oder die Allgemeinheit als nachteilig erweisen. Solche Beschränkungsmöglichkeiten können im Internationalen Gesellschaftsrecht jedoch grösstenteils nicht zur Anwendung kommen. Die *Ausnahmeklausel* kann bei einer Rechtswahl nicht greifen.<sup>864</sup> Der *Ordre public* stellt mit dem Kriterium des «eklatanten Widerspruchs» zu den materiellen inländischen Wert- und Gerechtigkeitsvorstellungen eine zu hohe Schwelle für Beschränkungen der Auswirkungen der Inkorporationstheorie dar.<sup>865</sup> Das *Rechtsmissbrauchsverbot* und das Verbot der *Gesetzesumgehung* können im Gesellschaftsrecht aufgrund der Entscheidung des Gesetzgebers für die Inkorporationstheorie nicht mehr fiktive Gesellschaftssitze sanktionieren.<sup>866</sup> Als Korrekturmöglichkeit gegenüber der Inkorporationstheorie verbleibt im Gesellschaftsrecht somit einzig das Rechtsinstitut der *Eingriffsnorm*.

Eingriffsnormen sind Bestimmungen, die wegen ihres besonderen Zwecks, unabhängig von dem durch das IPRG bezeichneten Recht, zwingend anzuwenden sind (Art. 18 IPRG).<sup>867</sup> Eingriffsnormen zeichnen sich zum einen durch materielle Eigenschaften aus. Sie dienen dem Schutz der öffentlichen Ordnung, universell anerkannter Rechtsgüter oder sozialpolitischer Interessen.<sup>868</sup> Die Abgrenzung von Eingriffsnormen gegenüber Kollisionsnormen lässt sich zum anderen anhand ihrer kollisionsrechtli-

<sup>862</sup> 1. auf S. 3.

<sup>863</sup> III. auf S. 36.

<sup>864</sup> B) auf S. 43.

<sup>865</sup> 5. auf S. 45.

<sup>866</sup> 6. auf S. 46.

<sup>867</sup> 8. auf S. 51.

<sup>868</sup> B) auf S. 54.

chen Eigenschaften treffen.<sup>869</sup> Im Gesellschaftsrecht können gemäss der hier vertretenen Auffassung zudem auch Vorschriften, die dem individuellen Interessenausgleich dienen, zum Eingriffsrecht zählen.<sup>870</sup>

Die Anwendung einer Vorschrift als international zwingende Bestimmung i.S.v. Art. 18 IPRG lässt sich aber nicht allein durch einen «besonderen Zweck» begründen.<sup>871</sup> Gemäss der hier vertretenen Auffassung ist die Anwendung einer Eingriffsnorm nur dann zwingend, wenn der Sachverhalt einen Bezug zum Erlassstaat der Vorschrift aufweist.<sup>872</sup> Zudem muss die Vorschrift geeignet sein, den verfolgten Schutzzweck zu erfüllen. Eine Norm, die nicht geeignet ist, ihren Zweck zu erfüllen, wird auch keinen zwingenden Anwendungswillen haben können.<sup>873</sup> Die Anwendung muss sich als erforderlich erweisen und der Schutzzweck darf nicht bereits durch das verwiesene Recht erfüllt werden: Ist ein Zweck bereits erfüllt, wird der zum Erreichen dieses Zwecks vorgeschlagene Weg obsolet, so dass sich durch ihn keine zwingende Anwendung mehr begründen lässt.<sup>874</sup> Nicht zuletzt muss die Anwendung einer Eingriffsnorm verhältnismässig erscheinen.<sup>875</sup> Abwägungskriterium für den Eingriff in den Regelverweis ist das Interesse am Festhalten an diesem Regelverweis, d.h. die Rechtssicherheit.

Ziel der Eingriffsnormentheorie ist gemäss der hier vertretenen teleologischen Auffassung nicht ihre vom verwiesenen Recht unabhängige Anwendung, sondern vielmehr das Erreichen des durch sie geschützten Zwecks.<sup>876</sup> Die Anwendung von Eingriffsnormen wird somit durch den Regelverweis beeinflusst.<sup>877</sup> Ist ihr Zweck bereits erreicht, rechtfertigt sich auch ihre zwingende Anwendung nicht mehr.<sup>878</sup> Die an sich anwendbare *lex causae* ist somit stets daraufhin zu prüfen, ob sie die vom Inland verfolgten Ziele nicht gleich oder gar besser als die *lex fori* verwirklichen

<sup>869</sup> e) auf S. 60.

<sup>870</sup> b) auf S. 65.

<sup>871</sup> a) auf S. 62.

<sup>872</sup> bb) auf S. 76.

<sup>873</sup> b) auf S. 81.

<sup>874</sup> c) auf S. 70 und c) auf S. 81.

<sup>875</sup> d) auf S. 84.

<sup>876</sup> c) auf S. 70.

<sup>877</sup> aa) auf S. 71.

<sup>878</sup> c) auf S. 70.

kann. Die Frage der Anwendung einer Vorschrift als Eingriffsnorm muss somit eine Einzelfallentscheidung sein.<sup>879</sup>

Für die Untersuchung von Eingriffsnormen ist zu beachten, dass es nicht ausreicht, sie anhand eines wichtigen Interesses als Eingriffsnormen zu qualifizieren. Damit sie als Bestimmungen im Sinne von Art. 18 IPRG zur Anwendung gelangen können, muss sich auch ihre Anwendung als notwendig erweisen.<sup>880</sup>

Eingriffsnormen haben gemäss traditionellem Verständnis eine allgemeine Geltung. Sie sind in all ihren Teilen verbindlich, gelten unmittelbar für die Gerichte des Erlassstaats und greifen insofern in das verwiesene Recht ein. Dies wird aber der Realität nicht gerecht, da Eingriffsnormen nicht immer zur Anwendung gelangen.<sup>881</sup> Ihre Anwendung hängt u.a. auch von der Erreichung des Schutzzwecks über den Regelverweis ab. Um einem Eingriff von Fall zu Fall gerecht zu werden, wird für diese Auslegung des Art. 18 IPRG mit europäischem Vokabular die Bezeichnung «Eingriffs-*Richtlinie*» vorgeschlagen.<sup>882</sup> Die Norm ist hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, schweigt jedoch über die Wahl der Form und der Mittel. Die Anwendung einer Bestimmung über Art. 18 IPRG rechtfertigt sich nur dann, wenn ihr Zweck ihre ausnahmslose Anwendung erfordert. Kann der Zweck auch mit anderen Mitteln erreicht werden, lässt sich keine Anwendung als Eingriffsnorm begründen.

Die Beschränkung des Gesellschaftsstatuts bzw. die Anwendung von Eingriffsnormen im Gesellschaftsrecht ist gewissen Prinzipien unterworfen: Auf nationaler Ebene sprechen das Argument der Rechtssicherheit und das Legalitätsprinzip für eine restriktive Handhabung der Eingriffsnormen.<sup>883</sup> Die Anwendung von Eingriffsnormen setzt zudem einen Bezug des Sachverhalts zum Erlassstaat voraus.<sup>884</sup> Weist ein Sachverhalt keinen relevanten Bezug zur Schweiz auf, kann auch der Zweck einer schweizerischen Vorschrift keine zwingende Anwendung auf den in Frage stehenden Sachverhalt begründen, da der Wille des Gesetzgebers notwendigerweise auf die Regelung von Sachverhalten mit Inlandbezug

<sup>879</sup> D) auf S. 78.

<sup>880</sup> g) auf S. 87.

<sup>881</sup> aa) auf S. 71.

<sup>882</sup> h) auf S. 87.

<sup>883</sup> 1. auf S. 89.

<sup>884</sup> bb) auf S. 76.

begrenzt ist. Des Weiteren setzt die Inkorporationstheorie als Ausfluss der Wirtschaftsfreiheit die Verhältnismässigkeit eines Eingriffs in den Regelverweis voraus.<sup>885</sup>

Auf europäischer Ebene eröffnet das Freizügigkeitsabkommen die Dienstleistungsfreiheit, was ebenfalls in Bezug auf Eingriffsnormen von Bedeutung ist: Die Anwendung von Eingriffsnormen ohne Berücksichtigung des Rechts des Herkunftslandes stellt eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar und muss sich am Vier-Kriterien-Test der zwingenden Allgemeininteressen messen lassen.<sup>886</sup> Eine Anwendung von Eingriffsnormen gegenüber Gesellschaften mit Sitz in der EU ist nur gerechtfertigt, wenn sie sich als geeignet und erforderlich erweise, um ihren Schutzzweck zu erfüllen.

## Schutzlücken im Gesellschaftsrecht

Zum gesellschaftsrechtlichen Eingriffsrecht können all jene Vorschriften gehören, die den Schutz Dritter oder der Allgemeinheit vor der Rechtswahl durch die Gesellschaftsgründer bezwecken. Dies betrifft Schutzvorschriften zugunsten der Gläubiger, der Arbeitnehmer, der Gesellschafter, der Anleger, der Tochtergesellschaften sowie der Allgemeinheit. Die Anwendung der erwähnten Schutzvorschriften als Eingriffsnormen rechtfertigt sich aber nur bei Vorliegen eines tatsächlichen Schutzbedürfnisses im Einzelfall. Nur dann kann der Zweck der Norm (*τέλος*) ihre zwingende Anwendung rechtfertigen.

## Gläubigerschutz

Die schweizerischen Vorschriften über das Mindestkapital, die Kapitalaufbringung und die Kapitalausschüttung dienen dem Schutz der *Gläubiger*. Auf ausländische Gesellschaften kommen diese Gläubigerschutzvorschriften jedoch nicht zur Anwendung, da der Kapitalschutz zum Gesellschaftsstatut gehört und sich somit gegebenenfalls nach ausländischem Recht richtet. Dies führt zu einer potentiellen Lücke im Gläubigerschutz, da bei ausländischen Gesellschaften nicht das schweizerische Schutzniveau

<sup>885</sup> 3. auf S. 93.

<sup>886</sup> C) auf S. 100.



gewährleistet werden kann.<sup>887</sup> In Anbetracht der Tatsache, dass Kapitalschutzvorschriften nur bedingt für den Schutz der Gläubiger geeignet sind,<sup>888</sup> und unter Berücksichtigung der informationellen Schutzvorschriften, die bereits einen adäquaten Gläubigerschutz gewährleisten, ist eine Sonderanknüpfung der Mindestkapitalvorschriften über Art. 18 IPRG jedoch zu verneinen.

Der Gläubigerschutz wird im schweizerischen Recht auch über Information und Publizität sichergestellt, z.B. über die Eintragungspflicht im Handelsregister.<sup>889</sup> Während für Zweigniederlassungen einer ausländischen Gesellschaft im schweizerischen Recht eine Eintragungspflicht vorgesehen ist, müssen und können ausländische Gesellschaften jedoch nicht im schweizerischen Handelsregister eingetragen sein, so dass der informationelle Schutz des Registers nicht greifen kann. Trotz dieser Regelungslücke besteht keine Schutzlücke im Gläubigerschutz. Ausländische Gesellschaften müssen in der Schweiz den inländischen Grundsatz der Firmenwahrheit beachten, und sind *de facto* zum Führen des Rechtsformzusatzes verpflichtet, um nicht gemäss Art. 159 IPRG unter die schweizerischen Haftungsvorschriften zu fallen. Diese Sonderanknüpfung gewährleistet den informationellen Schutz der Gläubiger vor Auslandsgeellschaften,<sup>890</sup> so dass sich eine Anwendung der inländischen Informationsvorschriften als Eingriffsnormen erübrigt.

Auch die Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften dienen dem Gläubigerschutz.<sup>891</sup> Sie sind – von kapitalmarktrechtlichen Vorschriften abgesehen – Bestandteil des Gesellschaftsstatuts, so dass bei ausländischen Gesellschaften auch entsprechende ausländische Vorschriften zur Anwendung gelangen.<sup>892</sup> In Anbetracht der Tatsache, dass der Gläubigerschutz aber bereits über das Firmenrecht gewährleistet wird und im Übrigen auch die Missachtung ausländischer Rechnungslegungsvorschriften in der Schweiz strafrechtlich sanktioniert werden kann, ist die Anwendung der schweizerischen Buchführungs- und Rechnungsle-

<sup>887</sup> 2. auf S. 109.

<sup>888</sup> B) auf S. 113.

<sup>889</sup> 1. auf S. 117.

<sup>890</sup> C) auf S. 119.

<sup>891</sup> A) auf S. 127.

<sup>892</sup> C) auf S. 131.

gungsvorschriften als Eingriffsrecht zu verneinen.<sup>893</sup> Gleiches gilt für die Revisionsvorschriften als Mittel des Gläubigerschutzes.<sup>894</sup>

Offenlegungspflichten und Einsichtsrechte – zwei weitere Instrumente des Gläubigerschutzes – werden sowohl im Gesellschaftsrecht als auch im Kapitalmarktrecht geregelt.<sup>895</sup> Während die kapitalmarktrechtlichen Vorschriften für alle Marktteilnehmer gelten, sind die gesellschaftsrechtlichen Offenlegungsvorschriften hingegen dem gegebenenfalls ausländischen Gesellschaftsstatut zu entnehmen. Da sich ein Gläubiger mit der Wahl einer Schuldnergesellschaft aufgrund der Inkorporationstheorie auch für deren Recht und Schutzstandard entscheidet, besteht keine Schutzlücke im Gläubigerschutz, welche durch die etwaige Ausgestaltung der inländischen Offenlegungsvorschriften als Eingriffsrecht geschlossen werden müsste.<sup>896</sup>

Des Weiteren sind im schweizerischen Recht zum Zweck des Gläubigerschutzes Sofortmassnahmen bei Überschuldung vorgesehen.<sup>897</sup> Diese kommen als Bestandteil des Gesellschaftsstatuts grundsätzlich nur auf schweizerische Gesellschaften zur Anwendung. Dennoch ist der Gläubigerschutz auch bei ausländischen Gesellschaften gewährleistet. Aufgrund des Informationsmodells mit den firmenrechtlichen Vorschriften sind die inländischen Gläubiger ausreichend darüber informiert, dass sie mit einer ausländischen Gesellschaft in Kontakt treten, die nach ausländischen Prinzipien organisiert ist. Ein misswirtschaftliches Verhalten könnte zudem strafrechtlich relevant sein und auch bei ausländischen Gesellschaften zu Sanktionen führen, sodass keine Schutzlücke besteht und sich die Frage nach Eingriffsrecht erübrigt.

Der Gläubigerschutz wird auch über das Deliktsrecht gewährleistet.<sup>898</sup> Deliktsrechtliche Haftungsvorschriften sind unabhängig vom Gesellschaftsstatut über das Deliktsstatut anzuknüpfen, wobei jedoch die akzessorische Anknüpfung an vorbestehende Rechtsverhältnisse zur Anwendung des ausländischen Rechts führen kann. Diese akzessorische Anknüpfung kann aber bei ungenügendem Sachverhaltsbezug eingegrenzt

<sup>893</sup> E) auf S. 133.

<sup>894</sup> b) auf S. 137.

<sup>895</sup> 5. auf S. 139.

<sup>896</sup> B) auf S. 140.

<sup>897</sup> 6. auf S. 141.

<sup>898</sup> 1. auf S. 147.

werden.<sup>899</sup> Dem Gläubiger stehen des Weiteren die deliktsrechtlichen Ansprüche gegen die natürliche Person offen, welche die Schädigung veranlasst hat. Zudem verweist Art. 159 IPRG auf das schweizerische Recht. Dieses kommt zur Anwendung, wenn der Anschein entsteht, dass es sich bei der ausländischen Gesellschaft um eine schweizerische Gesellschaft handle.<sup>900</sup> Eingriffe in den kollisionsrechtlichen Mechanismus des Gläubigerschutzes erweisen sich somit nicht als notwendig.

Deliktsgläubiger laufen Gefahr, einer ausländischen Gesellschaft mit tiefen Gläubigerschutzvorschriften gegenüberzustehen. Im Deliktsrecht gibt es aber keine Versicherung davor, von einer völlig mittellosen Person geschädigt zu werden, sodass auch im Internationalen Gesellschaftsrecht kein Schutzbedürfnis bejaht werden kann.<sup>901</sup>

## Arbeitnehmerschutz

*Arbeitnehmer* haben im Rahmen einer Fusion Konsultationsrechte, die von gesellschaftsrechtlicher Relevanz sind: Sie können eine Fusion verhindern.<sup>902</sup> Das Konsultationsrecht der Arbeitnehmer ist *de lege lata* als Eingriffsnorm ausgestaltet. Aufgrund des geringen Schutzniveaus der schweizerischen Konsultationsrechte ist jedoch von einer zwingenden Anwendung dieser schweizerischen Eingriffsnormen abzusehen, wenn das ausländische Recht bereits einen vergleichbaren oder höheren Schutz vorsieht.<sup>903</sup> Das schweizerische Recht gibt hier mit der Konsultation der Arbeitnehmer ein Resultat vor, welches es zu erreichen gilt; die konkrete Ausgestaltung wird aber dem auf die Fusion anwendbaren Recht überlassen. Nur wenn das Resultat des Arbeitnehmerschutzes nicht erreicht wird, erfolgt die Anwendung der Konsultationsbestimmungen als Eingriffsrecht. Vorliegend wird diese Anwendung bzw. Auslegung des Art. 18 IPRG als «Eingriffsrichtlinie» bezeichnet.<sup>904</sup>

<sup>899</sup> B) auf S. 148.

<sup>900</sup> 2. auf S. 149.

<sup>901</sup> 1. auf S. 147.

<sup>902</sup> I. auf S. 154.

<sup>903</sup> IV. auf S. 156.

<sup>904</sup> V. auf S. 156.

### Gesellschafterschutz

Auch die Interessen der *Gesellschafter* und Anleger können durch die Wahl des Gesellschaftsstatuts durch die Gesellschaftsgründer beeinträchtigt werden. Vorschriften des Gesellschafterschutzes sind dem ausländischen Gesellschaftsstatut zu entnehmen. Eine Anwendung der inländischen Schutzvorschriften ist dennoch nicht erforderlich, da sich die Gesellschafter notwendigerweise ihrer Eigenschaft als Mitglieder einer ausländischen Gesellschaft bewusst sind, und sich somit auch für den gegebenenfalls tieferen Schutz entscheiden.<sup>905</sup>

### Anleger- und Kapitalmarktschutz

Während der Anlegerschutz in vielen ausländischen Rechtsordnungen grösstenteils dem Kapitalmarktrecht zugerechnet wird, wird er im schweizerischen Recht sowohl über das Gesellschafts- als auch über das Kapitalmarktrecht gewährleistet.<sup>906</sup> Dies führt zu möglichen Lücken im Anlegerschutz, da ein Verweis auf das ausländische gesellschaftsrechtliche Anlegerschutzrecht mitunter ins Leere führen kann,<sup>907</sup> wenn dieses anders organisiert ist als in der Schweiz.

Ein gesetzgeberischer Wille für die Verschärfung des Anlegerschutzes auf dem Primärmarkt ist aber zu verneinen. Zudem wird der Anlegerschutz auf dem Primärmarkt über die Sonderanknüpfung des Art. 156 IPRG gewährleistet<sup>908</sup> bzw. ist im Falle einer Privatplatzierung durch das Eigeninteresse der Gesellschaften an einer ausreichenden Informationspolitik gewahrt.<sup>909</sup> Eine Anwendung der Emissionsprospektvorschriften über Art. 18 IPRG erscheint somit nicht als notwendig. Die Informationsvorschriften des Sekundärmarkts knüpfen ohnehin an die Präsenz auf dem Kapitalmarkt an<sup>910</sup> und kommen somit unabhängig vom Gesellschaftsstatut zur Anwendung, welches diesbezüglich irrelevant ist.<sup>911</sup>

<sup>905</sup> 3. auf S. 163.

<sup>906</sup> 2. auf S. 160 und B) auf S. 169.

<sup>907</sup> Anm. 786 auf S. 173.

<sup>908</sup> E) auf S. 175.

<sup>909</sup> A) auf S. 168.

<sup>910</sup> 3. auf S. 178.

<sup>911</sup> B) auf S. 183.

Die Untersuchung der Anlegerschutzvorschriften bestätigt die hier vertretene Auffassung, dass Eingriffsnormen nur bei Vorliegen einer Schutzlücke zur Anwendung gelangen dürfen. Vorschriften, die über Art. 18 IPRG ohne Rücksicht auf ein tatsächliches Schutzbedürfnis konsequent und absolut angewendet werden, könnten sich sonst als kontraproduktiv erweisen.<sup>912</sup>

Im Ergebnis gibt es somit keine Vorschriften im Internationalen Gesellschaftsrecht der Schweiz, die aufgrund ihres besonderen Schutzzwecks *immer* als international zwingende Bestimmungen i.S.d. Art. 18 IPRG zur Anwendung gebracht werden müssten; eine allfällige Anwendung als Eingriffsnorm kann allenfalls im Einzelfall erfolgen.

<sup>912</sup> C) auf S. 189.



## Sachregister

*Kursive* Seitenzahlen verweisen auf ein Stichwort in einer Fussnote. **Fett** gedruckte Seitenzahlen verweisen auf umfassende Darstellungen.

### A

Allgemeininteressen ..... 100  
Angebotspflicht ..... 182  
Anlagefonds ..... *65*, 189  
Anleger ..... 159  
Anlegerschutz ..... **165**  
    Abgrenzung ..... 159  
    Information ..... 166  
    Kapitalmarktrecht ..... 160  
    Kapitalmarktschutz .... 165  
    öffentl. Interesse ..... 165  
    Ziel ..... *159*, 160  
Anleihsenemissionsprospekt . 171  
Anleihsenobligation ..... 171  
Arbeitnehmerschutz ..... 153  
    Fusion ..... 154  
Arbeitnehmervvertretung.... *153*  
Art. 1 ZGB ..... 50  
Auskunftspflichten ..... 162  
Auskunftsrecht ..... 162  
Ausnahmeklausel ..... **43**  
    Ausschluss ..... 43  
    Rechtswahl ..... 43  
Auswirkungsprinzip ..... 71  
autonomer Nachvollzug ..... 9

### B

Binnenbezug ..... 77

Börsengesetz ..... 171  
Buchführung ..... 127  
    Anknüpfung ..... 131  
    Gesellschaftsrecht ..... 129  
    Gläubigerschutz ..... 129  
    Kapitalmarktrecht ..... 130  
    Schutzzweck ..... 127  
    Strafrecht ..... 130

### C

Corporate Governance ..... 161  
    Begriff ..... 161  
    Problematik ..... 161

### D

Deliktsgläubiger ..... 44  
Dienstleistung ..... 95  
Dienstleistungsfreiheit ..... 94 f.  
    Beschränkung ..... 97  
    Beschränkungsverbot .... 98  
    Diskriminierungsverbot .. 98  
    Subsidiarität ..... 96  
Differenzierungslehre ..... 25  
Drittgesellschaften ..... 101  
Durchgriffshaftung ..... 150

### E

Eigentumsvorbehalt ..... 74

Eingriffsnorm

Abgrenzungsproblematik 68  
 Anwendung ..... 86  
 Anwendungswille ..... 54  
 Beispiele ..... 55  
 Beschreibung ..... 87  
 Binnenbezug ..... 76  
 Deutschland ..... 9  
 Eigenschaften ..... 56, 60  
 Erforderlichkeit ..... 81  
 Geeignetheit ..... 81, 190  
 Individualinteressen . 58, 65  
 Inland ..... 5  
 Interessen ..... 54, 56, 67  
 Makrofunktion ..... 57  
 nationale Schranken ..... 89  
 Normzweck ..... 187  
 öffentl. Ordnung ..... 54  
 Paradoxon ..... 190  
 Praktikabilität ..... 75  
 Privatinteressen .... 58, 67 f.  
 Prozessökonomie ..... 59  
 Qualifizierung ..... 86  
 Rechtsgüter ..... 55  
 Rechtsmissbrauchsverbot 47  
 Rechtsprechung ..... 54  
 Relativität ..... 70, 126  
 Rom-I-VO ..... 52  
 Sachverhaltsbezug ..... 76  
 Schranken ..... 102  
 Schutzbedürfnis ..... 188  
 Schutzzweck ..... 62, 70, 78  
 sozialpol. Interessen . 55, 58  
 staatliche Organisation .. 57  
 Teleologie ..... 70  
 Terminologie ..... 51  
 uniforme Anwendung .... 59  
 Verhältnismässigkeit . 84, 93

Wirtschaftspolitik ..... 56

Eingriffsrichtlinie ..... 87, 157  
 Emissionsmarkt ..... 166  
 Emissionsprospekt 170, 173, 176  
 Entscheidungsharmonie ..... 92  
 Existenzvernichtungshaftung 62  
 Exklusivnorm ..... 52

**F**

Familienfideikommiss ..... 73  
 Fiktionsvorbehalt ..... 47  
 Firma ..... 123  
     Gesellschaft ..... 123  
     Ordre public ..... 123  
     Zweigniederlassung ..... 122  
 Firmenrecht ..... 121, 124  
 Firmenwahrheit ..... 126  
 Formvorschriften ..... 164  
 Freizügigkeitsabkommen . 7, 94 f.  
     Dienstleistungsfreiheit ... 96  
     Niederlassungsfreiheit ... 96  
 Fusion ..... 154

**G**

Geldmarkt ..... 166  
 Gesellschaft  
     ausländisch ..... 4  
     europäisch ..... 73  
     Nationalität ..... 15  
 Gesellschafter ..... 159, 161  
     Schutzbedürfnis ..... 163  
 Gesellschafterschutz  
     Abgrenzung ..... 159  
     Anknüpfung ..... 162  
     Gesellschaftsstatut 160, 162  
 Gesellschaftskapital ..... 107  
 Gesellschaftsrecht  
     Anknüpfung ..... 39



Deutschland ..... 8  
 international ..... 4  
 Rechtsprechung EuGH ... 8  
 Umfang ..... 6 f.  
 Gesellschaftsstatut ..... 15  
   Anwendungsbereich ..... 91  
   Einheitlichkeit ..... 40, 91  
   Grenze ..... 39  
   Irrelevanz ..... 183  
   Umfang ..... 22  
 Gesetzeslücke  
   echt ..... 50  
   unecht ..... 50  
 Gesetzesumgehung ..... 46  
 Gläubigerschutz  
   Buchführung ..... 127  
   England ..... 109  
   Firmenrecht ..... 121  
   Frankreich ..... 109  
   Haftung ..... 147  
   Information ..... 117  
   Informationsvorschriften 121  
   Kapitalschutz ..... 107  
   Konzern ..... 110  
   Publizität ..... 117  
   Rechnungslegung ..... 127  
   USA ..... 109  
 Governmental Interests-Theorie  
   77  
 Gründungstheorie ..... *siehe*  
   Inkorporationstheorie  
 Grundrechtskerngehalt ..... 94

## H

Haftung  
   Anknüpfung ..... 147  
   Deliktsrecht ..... 148  
   Gesellschaftsrecht ..... 148

Haftungsdurchgriff ..... 75  
 Haftungssubstrat ..... 107  
 Handelsregister ..... 117  
   Gesellschaftsstatut ..... 119  
   Sonderanknüpfung ..... 118  
   Zweigniederlassungen .. 118

## I

Informationsasymetrie ..... 189  
 Informationsmodell ..... 145  
 Informationspflichten ..... 189  
 Informationsrechte ..... 162  
 Informationsvorschriften ... 115  
 Inkorporationstheorie ..... 3, **16**  
   Einschränkung ..... 21  
   Europa ..... 20  
   Missbrauchspotential ... 33  
   Planungssicherheit ..... 91  
   Schweiz ..... 17 ff.  
 Insolvenzantragspflicht ..... 144  
 Insolvenzverschleppung ..... 142

## K

Kapitalanlageschutz ..... 159  
 Kapitalaufbringung ... 108, **114**  
 Kapitalerhaltung ..... 108, **115**  
 Kapitalgesellschaft ..... 107  
   Haftungsbeschränkung . 107  
 Kapitalmarkt ..... 166, 184, 189  
   Binnensachverhalt ..... 184  
   nicht organisiert ..... 178  
   organisiert ..... 178  
 Kapitalmarktrecht ..... 160  
   öffentliches Recht ..... 186  
   Ordre public ..... 187  
 Kollektivanlagefonds .... 65, 189  
 Kollektivanlagengesetz ..... 171  
 kollektive Kapitalanlage .... 187

Kollisionsnorm  
     materielle Interessen.....66  
     Neutralität ..... 70  
     Unzulänglichkeit ..... 72  
 Kombinationslehre.....26  
 Konkursrecht ..... *siehe*  
     Insolvenzrecht  
 Konkursverfahren ..... 141  
 Kontrolltheorie ..... 15, **27**, 27  
 Kotierungsprospekt.....179  
 Kotierungsreglement ..... 183  
 Kreditmarkt ..... 166  
 Kumulationslösung ..... 78

**L**

Legalitätsprinzip ..... 90  
 Loi d’application immédiate*siehe*  
     Eingriffsnorm

**M**

Machiavellismus ..... 71  
 Meldepflicht.....182  
 Minderheitenschutz.....162  
 Mindestkapital.....**108**  
     Aktiengesellschaft ..... 108  
     Frankreich ..... 110  
     GmbH ..... 108  
 Mindestkapitalvorschriften . **113**  
 Missbrauch ..... 47  
 Misswirtschaft.....143  
 Mitbestimmungsrecht ..... 153  
     Deutschland ..... 154  
 Mitwirkungsgesetz.....153  
 Mitwirkungsrecht  
     Eingriffsnorm ..... 154  
 Muttergesellschaft.....112

**N**

Niederlassungsfreiheit ..... 95 f.  
 Normenhäufung ..... 91  
 Normenmangel ..... 91

**O**

Öffentliche Ordnung ..... 99  
 Offenlegungspflicht ..... 139  
     Gesellschaften..... 140  
     Gesellschaftsrecht ..... 140  
     Kapitalmarktrecht ..... 140  
     Zweigniederlassungen .. 140  
 Ordre public  
     negativ ..... **45**  
     positiv ..... 52  
 Organisationsregeln ..... 162

**P**

Parteierwartung ..... 91  
 Polizeigesetz.....52  
 Primärmarkt.....166, **168**  
     öffentl. Ausgabe..... 169  
     Privatplatzierung.....168  
     Schutzbedürfnis ..... 167  
 Prohibitivgesetz ..... 52  
 Prospekt  
     Anknüpfung ..... 172  
     Qualifikation ..... 172  
 Prospekthaftung.....72  
 Prospektpflicht ..... 170  
 Prospektvorschrift  
     Eingriffsrecht.....173

**Q**

Qualifizierung ..... 42

**R**

Rechnungslegung .. 69, 127, 162  
 öffentl. Recht ..... 132  
 Privatrecht ..... 132  
 Schutzzweck ..... 127  
 Rechtsanpassung ..... 90  
 Rechtsmissbrauch ..... 46, 99  
 Rechtsmissbrauchsverbot .... 79  
 Eingriffsnorm ..... 47  
 Rechtsscheinhaftung .. **124**, 149  
 Rechtssicherheit ..... 18  
 Rechtsunsicherheit ..... 6  
 Rechtsvergleich ..... 9 f.  
 Rechtswahl ..... 4  
 einseitig ..... 34  
 Registerpflicht ..... 74  
 Revisionspflicht ..... 134, 182  
 Gesellschaftsstatut ..... 135  
 Gläubigerschutz ..... 134  
 Grossunternehmen ..... 137  
 Inhalt ..... 135  
 Kleinstunternehmen .... 137  
 Schutzlücke ..... 136

**S**

Sachverhaltsbezug ..... 29 ff., 76  
 Sanierungsmassnahmen ..... 141  
 Schutzbedürfnis ..... 188  
 Schutztheorie... *siehe* Sitztheorie  
 Sekundärmarkt ..... 166, 178  
 Anlegerschutz ..... 179  
 Schutzbedürfnis ..... 167  
 Sicherheit ..... 99  
 Sitztheorie ..... 8 f., 24  
 SIX Swiss Exchange ..... 183  
 Sonderanknüpfung ..... 21, **47**  
 gesetzlich ..... 48

richterrechtlich ..... 50  
 Sonderprivatrecht ..... 68  
 Spaltung ..... 154

**T**

Tochtergesellschaft ..... 111  
 Transparenzvorschriften .... 162  
 Trennungslösung ..... 78

**U**

Überlagerungstheorie .... 21, 26  
 Übernahmerecht ..... 185  
 Überschuldung ..... 141  
 Gläubigerschutz ..... 141  
 Misswirtschaft ..... 143  
 Sofortmassnahmen ..... 142  
 Überschuldungsanzeigepflicht  
 Anknüpfung ..... 143  
 UWG ..... 71

**V**

Völkerrecht ..... 102  
 Verhältnismässigkeit ..... 93 f.  
 Verkehrsschutz ..... 49  
 Verkehrssicherheit ..... 117  
 Vertragsfreiheit ..... 66  
 Vertragsgerechtigkeit ..... 66  
 Vertrauensschutz ..... 117  
 Vertretungsbefugnis ..... 48  
 Verwaltungssitz ..... 16  
 Vorbehaltsklausel ..... **45**, 123

**W**

Wirtschaftsfreiheit ..... 93



**Niklaus Meier,**

geboren 1983 in Zürich, aufgewachsen in Hamburg und Berlin. 2002 Maturität am Lycée Cantonal de Porrentruy. Anschliessend Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Freiburg (Schweiz) und Paris II Panthéon-Assas (Frankreich). 2005 Bachelor of Law (Freiburg) und licence en droit (Paris), 2006 Maîtrise en droit mention droit comparé (Paris), 2007 Master of Law (Freiburg) und Master droit finalité recherche en droits français et suisse (Paris). 2008 bis 2009 Anwaltspraktikum bei Homburger AG in Zürich.